



La nationalité des sociétés en droit français

Rabaï Boudershem

► To cite this version:

Rabaï Boudershem. La nationalité des sociétés en droit français. Droit. Université de Bourgogne, 2012. Français. NNT : 2012DIJOD003 . tel-00960318

HAL Id: tel-00960318

<https://theses.hal.science/tel-00960318>

Submitted on 18 Mar 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE DE BOURGOGNE
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé,
Présentée et soutenue publiquement à Dijon par

Rabaï BOUDERHEM

Le 17 mars 2012

La nationalité des sociétés en droit français

Sous la direction de Madame le Professeur Arlette MARTIN-SERF

JURY

Monsieur Ali BENCHENEB, Professeur à l'Université de Bourgogne, Ancien recteur

Monsieur Michel GERMAIN, Professeur à l'Université Panthéon-Assas-Paris II,
Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Besançon

Madame Arlette MARTIN-SERF, Professeur à l'Université de Bourgogne,
Directeur de recherches

Monsieur Cyril NOURISSAT, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Jean
Moulin-Lyon III, Recteur de l'Académie de Dijon

Monsieur Daniel TRICOT, Agrégé des Facultés de Droit, Président honoraire de la Chambre
commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, Doyen honoraire de la Faculté
de Droit de Dijon

UNIVERSITE DE BOURGOGNE
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé,
Présentée et soutenue publiquement à Dijon par

Rabaï BOUDERHEM

Le 17 mars 2012

La nationalité des sociétés en droit français

Sous la direction de Madame le Professeur Arlette MARTIN-SERF

JURY

Monsieur Ali BENCHENEB, Professeur à l'Université de Bourgogne, Ancien recteur

Monsieur Michel GERMAIN, Professeur à l'Université Panthéon-Assas-Paris II,
Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Besançon

Madame Arlette MARTIN-SERF, Professeur à l'Université de Bourgogne,
Directeur de recherches

Monsieur Cyril NOURISSAT, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Jean
Moulin-Lyon III, Recteur de l'Académie de Dijon

Monsieur Daniel TRICOT, Agrégé des Facultés de Droit, Président honoraire de la Chambre
commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, Doyen honoraire de la Faculté
de Droit de Dijon

À la mémoire de ma mère

Je tiens à remercier ma famille pour son soutien et ses encouragements. Je souhaite également remercier ma directrice de recherches, Madame le Professeur Arlette MARTIN-SERF, pour son encadrement et ses précieux conseils.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS :

Ass. plé.	Assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. Joly sociétés	Bulletin Joly des sociétés
C.A.	Cour d'appel
Cah. dr. Entreprise	Cahier de droit de l'entreprise
C.E.	Conseil d'Etat
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Contra	En sens contraire
D.	Recueil Dalloz
DPCI	Droit et pratique du commerce international
Dr. sociétés	Droit des sociétés
EBOR	European Business Organization Law Review
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Ibidem (au même endroit dans un texte)
J-Cl.	Jurisclasseur
JCP E	Semaine Juridique éd. entreprise et affaires
JCP G	Semaine Juridique éd. Générale
JCP N	Semaine Juridique éd. Notariale et immobilière
JDI	Journal du droit international
LPA	Les Petites Affiches
Op. cit.	Opus citatum (œuvre citée)
Rev. crit. DIP, RC	Revue critique de droit international privé
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RD publ.	Revue de droit public
R. J. com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJF	Revue de jurisprudence fiscale
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commerciale
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
TPI	Tribunal de première instance

PLAN SOMMAIRE :

Introduction.	13
Première partie : L'existence et la détermination de la nationalité des sociétés.	
Titre I : Les critères de rattachement d'une société à un Etat dégagés par la doctrine et la jurisprudence.	25
Chapitre I : La détermination de la notion de nationalité des sociétés en droit français.	27
Chapitre II : Le traitement des sociétés étrangères par le droit français : reconnaissance et jouissance des droits.	87
Titre II : Les difficultés juridiques soulevées par l'activité internationale des sociétés commerciales.	121
Chapitre I : Les conflits de lois dans l'espace relatifs aux sociétés commerciales.	125
Chapitre II : Les conflits de juridiction en matière de sociétés commerciales.	199
Deuxième partie : La nationalité et la reconnaissance des sociétés par le droit de l'Union européenne et le droit international : remise en cause de la conception classique des Etats membres.	
Chapitre I : La mobilité internationale des sociétés : reconnaissance et liberté d'établissement.	221
Chapitre II : Le rattachement juridique de la <i>societatis europaea</i> (SE).	289
Chapitre III : La position des Etats membres de l'Union européenne et les solutions du droit de l'Union européenne en matière de groupes de sociétés.	319

INTRODUCTION

1. La question de la nationalité des sociétés ne se pose qu'en raison du développement considérable de l'activité internationale des sociétés commerciales. À ce titre, « *lorsque des sociétés effectuent des opérations dans plusieurs Etats, elles se trouvent confrontées à des questions spécifiques, comme celle de leur reconnaissance dans un Etat étranger, de la loi qui leur est applicable ou de leur nationalité, qui n'ont pas lieu d'être dans le cadre interne* »¹. La détermination de la nationalité d'une société ne se pose jamais à titre principal, celle-ci « *est toujours à la remorque d'une autre question dont elle commande la solution* »². A priori, connaître la nationalité d'une société n'a aucune utilité pour les praticiens du droit, la détermination de la nationalité des sociétés va toujours précéder la résolution d'un problème de droit s'agissant notamment de la loi applicable à la société. La nationalité des sociétés a donc des répercussions profondes en droit. La doctrine classique considère qu'elle doit être prise en considération pour la reconnaissance de la personnalité morale de la société, mais également pour déterminer l'étendue de la jouissance des droits de ladite société, les traités internationaux dont elle peut revendiquer le bénéfice et enfin l'Etat habilité à exercer la protection diplomatique. Cette confusion entre la nationalité de la société proprement dite et la loi applicable à celle-ci est aujourd'hui largement contestée par la doctrine moderne, en particulier depuis l'arrêt « *Mayol Arbona* » du tribunal des conflits du 23 novembre 1959³. En effet, il existe une distinction entre loi applicable et nationalité⁴, la *lex societatis* peut parfaitement être différente de la nationalité de la société selon la matière ou le droit revendiqué par la société. La détermination des critères de rattachement d'une société à un Etat a fait l'objet d'hésitations de la part de la doctrine et de la jurisprudence, le critère du siège social disputant la primauté à une multitude de critères comme le centre de décision, le

¹ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, 3^{ème} éd., coll. Domat droit privé, Montchrestien, 2011, Paris, 598 p., v. spéc. p. 11, n° 9.

² Y. Loussouarn, « Nationalité des sociétés et Communautés Economiques Européennes », *R. J. com.* 1992, p. 145 et s. ; E. le Gall, *Rép. internat. Dalloz*, « Siège social » ; G. Duranton, *Rép. internat. Dalloz*, « Nationalité ».

³ Tribunal des conflits, 23 novembre 1959, « *Mayol Arbona* », *Rev. crit. DIP* 1960, p. 180, note Loussouarn ; *JDI* 1961, p. 442, note B.G.V. ; *D.* 1960, p. 224, note R. Savatier.

⁴ H. Synvet, *L'organisation internationale du groupe de sociétés*, thèse Rennes, 1979 ; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Domat droit privé, 10^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2010, 820 p., v. spéc. p. 767, n° 1048. Pour la position de principe de la jurisprudence française, v. Ass. plé., 21 décembre 1990, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 70, note Duranton.

contrôle, ou encore le lieu d'exploitation. La crainte était que la décision très critiquable du tribunal des conflits ne suscite l'atomisation de la notion de nationalité des sociétés⁵. En effet, cet arrêt ne consacre pas un critère unique de détermination de la nationalité des sociétés, il revient au juge saisi de se prononcer sur la base d'une appréciation *in concreto* et donc totalement subjective. C'est pourquoi, nous verrons qu'à juste titre la doctrine française s'oriente vers le critère du siège social pour déterminer le rattachement juridique des sociétés commerciales⁶.

2. Notre étude s'articulera autour de deux idées : tout d'abord, il convient de mettre fin à la confusion entre nationalité des sociétés et loi applicable ; d'autre part, le débat sur la nationalité des sociétés retrouve vocation à la discussion puisque les solutions retenues par certains Etats sont susceptibles d'être contraires au droit de l'UE ou d'évoluer vers le critère formaliste de l'incorporation de manière à s'adapter aux impératifs de la vie des affaires internationales. L'exercice des libertés d'établissement consacrées par le droit de l'UE est également synonyme de remise en cause des solutions acquises par les droits internes de certains Etats membres.

3. La doctrine moderne considère qu'un recours ou plutôt un détour inutile est effectué en faisant appel à la nationalité de la société pour connaître la loi applicable à son statut juridique. Seul le siège social doit être pris en compte pour déterminer la *lex societatis*. La nationalité n'a aucun rôle à jouer dans le conflit de lois et la recherche de la loi nationale de la société. Une telle approche a le mérite incontestable de renforcer la nationalité des sociétés en ne recourant qu'à un seul critère de détermination, à savoir le siège social de la société ou le lieu où les formalités d'enregistrement et de constitution de la société ont été effectuées⁷. Le

⁵ T. confl., 23 nov. 1959, *D.* 1960, p. 224, note R. Savatier ; *Rev. crit. DIP* 1960, p. 180, note Y. Loussouarn.

⁶ H. Synvet, *L'organisation internationale du groupe de sociétés*, thèse Rennes, 1979 ; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Domat droit privé, 10^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2010, 820 p., v. spéc. p. 767, n° 1048. Pour la position de principe de la jurisprudence française, v. Ass. plé., 21 décembre 1990, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 70, note Duranton.

⁷ Ce débat n'est pas nouveau : v. P. Louis-Lucas, « Remarques relatives à la détermination de la nationalité des sociétés », *JCP* 1953, I, 1104. La doctrine moderne a repris cette distinction en la développant de manière à asseoir sa théorie. Tout d'abord, la doctrine moderne rejette catégoriquement la nationalité comme critère principal de détermination de la *lex societatis*, ensuite elle pose comme critère de rattachement juridique le siège

siège social va permettre de déterminer la loi applicable à la société, d'autres critères complémentaires pouvant être utilisés par les juges en matière de détermination de la nationalité de la société. Cette confusion qui est même faite par la Cour de cassation a largement nourri la doctrine classique qui utilise la nationalité des sociétés pour déterminer la loi applicable aux sociétés commerciales⁸.

4. Une société commerciale dotée de la personnalité morale peut-elle être considérée comme l'égale d'une personne physique et se voir attribuer tous les droits et devoirs inhérents à la nationalité d'un Etat donné ? Cette problématique fit l'objet d'un débat passionné au début du XX^{ème} siècle. Le développement du commerce international mais également les deux guerres mondiales mirent en évidence les problèmes que soulève l'activité internationale des sociétés commerciales. Tous les attributs de la nationalité des personnes physiques ne sont pas transposables aux personnes morales. Toutefois, nous verrons que l'analogie avec la nationalité des personnes physiques est intéressante à plus d'un titre. Des droits tels que le droit de vote ne peuvent pas être transposés aux sociétés, mais il est nécessaire dans certaines situations – bénéfice de traités internationaux, transfert international du siège social, fusion transfrontalière – de connaître la nationalité d'une société ainsi que la loi et le régime juridique qui lui sont applicables.

5. La nationalité des sociétés a-t-elle encore un sens⁹ ? D'un point de vue économique,

social de la société. V. not. P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.* ; B. Oppetit, note sous l'arrêt « CCRMA », Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 1971, *JCP* 1972, II, 17101 ; Ph. Francescakis, « Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux », *Rev. crit. DIP* 1970, p. 609 ; J. Frossard, « Un vide législatif : la nationalité des sociétés », *D.* 1969, chron., p. 9.

⁸ Cass. civ., 4 juillet 1923, *S.* 1923, I, 81 : « le statut personnel comprend les dispositions de la loi qui ont pour objet de régler la capacité des personnes, soit physiques, soit morales ».

⁹ C. Stoffaes, Cercle des économistes, Colloque les Rencontres Economiques d'Aix-en-Provence, Université Paul Cézanne, les 4, 5 et 6 juillet 2008, Travaux préparatoires à la session n° 5 : « La nationalité des entreprises », in *Les nouvelles frontières de l'entreprise*. V. également sur la conception économiste qui tend à minimiser la réalité de la nationalité des sociétés : S. Matelly et S. Nies, « La nationalité des entreprises en Europe », *Rev. internationale et stratégique* 2/2006, n° 62, pp. 41-52 ; J.-M. Doublet, « Double discours et "patriotisme économique" », *Rev. française de gestion*, 3/2006, n° 162, pp. 7-8 ; P. Lamy, « Le modèle français vu d'Europe. Entretien », *Le débat* 2/2005, n° 134, pp. 31-41 ; B. Carayon, « Entretien », *Rev. internationale et stratégique* 2/2006, n° 62, pp. 75-78 ; D. Plihon, « L'illusion du patriotisme économique dans une économie globalisée », *Rev. internationale et stratégique* 3/2006, n° 63, pp. 109-112 ; S. Nies et al., « Entretien », *Rev. internationale et stratégique* 2/2006, n° 62, pp. 103-114 ; D. Plihon, « La nationalité des entreprises et le patriotisme économique

mondialisation et flux financiers transfrontaliers font que les actionnaires des grandes sociétés anonymes cotées en bourse sont de nationalité différente. Pour les économistes, la nationalité des sociétés n'aurait plus aucun intérêt puisque, à l'heure de la mondialisation, toutes les grandes sociétés sont financées par des fonds provenant d'une multitude d'Etats¹⁰. Toutefois, une affirmation aussi sévère est à nuancer. D'un point de vue strictement juridique, une société doit nécessairement être rattachée à la loi nationale d'un Etat donné. Chaque société commerciale a sa propre loi organique déterminée par la localisation du siège social en droit français ou encore au regard du lieu où les formalités de constitution ont été effectuées comme en droit anglo-saxon. L'aspect économique ne peut pas primer sur le droit puisqu'il est nécessaire de connaître la loi applicable à une société ne serait-ce que pour garantir une certaine sécurité juridique aux actionnaires mais aussi aux tiers qui vont contracter avec la société. La permanence de la loi applicable, indépendamment des changements de majorité des actions ou parts sociales dans une société, est un gage de stabilité juridique propice au développement des affaires internationales. La nationalité des sociétés est en effet à la croisée des chemins entre le droit *stricto sensu* et la théorie économique. Il existe une très forte imbrication entre ces deux matières qui ne sont pas compartimentées et étanches. Les sociétés commerciales doivent régler toute une série de questions juridiques sensibles dès lors qu'elles envisagent d'exercer une activité internationale par l'implantation de filiales ou de succursales à l'étranger. Il s'agit là d'adopter la meilleure stratégie pour la société en fonction de la loi applicable dans l'Etat d'implantation ou en cas d'alliance avec une société étrangère – nous visons ici plus spécialement les opérations de concentration et de coopération internationale comme la fusion internationale – ou même s'il ne serait pas intéressant pour la société de transférer son siège social à l'étranger. Toutes ces questions sont inévitablement conditionnées par la *lex societatis* de la société et le droit de l'Etat d'implantation, par conséquent il est impératif de déterminer préalablement la loi applicable à la société indépendamment de la nationalité des actionnaires. L'argument selon lequel les fonds des grandes sociétés proviendrait d'un grand nombre d'Etats semble peu convaincant pour renier

sont-ils solubles dans la mondialisation ? », *Rev. internationale et stratégique* 2/2006, n° 62, pp. 65-74.

¹⁰ Articles préc.

et rejeter totalement la nationalité des sociétés. La perception économique, commune à la presse ou à tout individu lambda, ne doit pas occulter le fait que le droit ne se contente pas et ne doit pas se limiter à une approche purement économique pour déterminer la nationalité des sociétés et la loi applicable aux sociétés commerciales. La jurisprudence ne peut donc se fonder que sur un critère unique et stable de détermination de la loi applicable à la société, en revanche rien n'exclut que la nationalité d'une société soit déterminée au regard d'un ou de plusieurs critères complémentaires comme le contrôle économique ou le centre de décision par exemple. Tout au plus, l'on peut concéder que souvent la nationalité économique d'une société est biaisée, en particulier pour les filiales des grands groupes internationaux implantées dans des pays en développement et qui ne participent pas ou très peu au développement économique de leur Etat d'implantation¹¹.

6. Une distinction doit également être faite entre la définition économique de la société, communément appelée entreprise, et la définition juridique de la société commerciale. Si les économistes se réfèrent explicitement au critère du centre de décision et du contrôle économique pour déterminer la nationalité d'une société commerciale, les praticiens du droit se focalisent uniquement sur la localisation du siège social de la société ou sur le critère très formaliste de l'incorporation pour déterminer le rattachement juridique d'une société à un Etat donné¹².

7. Loin d'être devenu un simple « *débat académique* »¹³ sans réelles conséquences en droit

¹¹ Sur ce point, la position de J. Béguin (« La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », in *Mélanges Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 861) est défendable dans la mesure où il peut être opportun de prendre en considération dans certains cas particuliers la nationalité économique des sociétés. D. Pohé Tokpa (*La nationalité des sociétés dans les pays en développement*, thèse Bordeaux, 1989) va plus loin et pense que la nationalité de l'Etat d'implantation doit être refusée à toute filiale qui ne participerait pas au développement économique du pays.

¹² En droit français, la jurisprudence est unanime sur ce point : seul le siège social doit déterminer le rattachement juridique d'une société commerciale à un Etat, le contrôle n'a qu'un rôle subsidiaire puisqu'il n'intervient qu'en matière de jouissance des droits pour une société réputée étrangère. Le contrôle, critère polymorphe par nature, est très subjectif et n'est jamais utilisé pour déterminer la *lex societatis* ou la nationalité d'une société, sauf à titre complémentaire et si un texte exprès le prévoit.

¹³ F. Terré (« Réflexions sur la notion de nationalité », *Rev. crit. DIP* 1975, p. 4) considère que la nationalité des sociétés serait un « *débat académique* » dans la mesure où toutes les discussions actuelles ne sont pas de nature à remettre en cause les solutions acquises en jurisprudence et par la doctrine.

positif, la nationalité des sociétés soulève de nouvelles interrogations eu égard à l'évolution du droit de l'UE. En effet, celui-ci a eu de grandes répercussions sur les solutions adoptées dans le droit des Etats membres en matière de nationalité des sociétés, en particulier ceux demeurés attachés au critère du siège réel comme l'Allemagne. Le droit de l'Union européenne a consacré la liberté d'établissement aussi bien pour les personnes physiques que les personnes morales¹⁴, ce qui a largement contribué à la mobilité des sociétés dans l'Union européenne. En pratique, l'exercice effectif de la liberté d'établissement consacrée par le traité de Rome est assuré par la position de la Cour de justice de l'Union européenne qui fait de ce droit à la mobilité un principe inviolable par les Etats membres, cette position jurisprudentielle extrêmement libérale heurte même la position de certains Etats membres en matière de reconnaissance et de détermination de la loi applicable aux sociétés. Malgré l'égalité des critères de rattachement d'une société à un Etat¹⁵ dégagés par le droit de l'UE – siège social, incorporation, principal établissement – la Cour de justice a fait de l'incorporation le critère le plus apte à garantir la liberté d'établissement des sociétés commerciales dans le cadre de l'Union européenne. Les Etats membres adeptes du siège social réel ne peuvent plus opposer leur législation à la libre mobilité d'une société nationale dans un autre Etat membre¹⁶. L'Allemagne a fait sienne la position rigoureuse¹⁷ de la Cour de justice en adoptant le critère formaliste du siège statutaire pour les sociétés de capitaux¹⁸.

¹⁴ Le traité de Rome de 1957, dans ses articles 43 et 48 (devenus les articles 49 et 54 TFUE), a érigé en principe du droit de l'UE les libertés d'établissement et de libre prestation de services dans un autre Etat membre de manière à favoriser le développement économique dans l'Union européenne. Ces libertés complètent la libre circulation des personnes physiques, des capitaux et des marchandises de façon à créer un espace intégré dans lequel les obstacles aux échanges commerciaux et financiers seraient supprimés. Ces dispositions du traité TFUE sont d'effet direct et d'application immédiate. La CJUE a été jusqu'à condamner fermement une entrave à la liberté d'établissement en matière d'implantations de stations-service, née d'une réglementation régionale, mais dans un litige purement interne dont tous les éléments se cantonnent à l'Italie. V. CJUE, 3^{ème} ch., 11 mars 2010, « *Attanasio Group Srl c/ Comune di Carbognano* », *Rev. Europe* n° 5, mai 2010, § 166, p. 26, note A. Rigaux.

¹⁵ Art. 54 TFUE.

¹⁶ CJCE, « *Centros Ltd et Erhvervs-og Selskabsstyrelsen* », 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Rec. p.* 1999, p. I-1459, avec les conclusions de A. la Pergola ; *Cah. dr. aff., juris.* 550, note M. Menjucq ; *Bull. Joly sociétés* 1999, p. 705, note J.-Ph. Dom ; *JDI* 2000, p. 484, obs. M. Luby.

¹⁷ Arrêt « *Centros* », préc. Il semblerait que la théorie de la fraude à la loi ne soit pas invocable par un Etat membre pour refuser le libre établissement à une société nationale dans un autre Etat membre.

¹⁸ Le *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht* (Haut Conseil consultatif allemand en matière de droit international privé) a adopté en février 2006 une proposition de Règlement européen ou de loi allemande visant à adopter le critère de l'incorporation. Cette proposition a débouché sur l'adoption d'une loi allemande (*MoMiG*) consacrant le critère de l'incorporation pour les sociétés de capitaux entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2008. Cf. *Rev. crit. DIP* 2006, p. 712. À propos de la *MoMiG* : v. www.bmj.de ; la nouvelle réglementation introduit

Cette initiative met en conformité le droit allemand avec le droit de l'Union européenne et s'inscrit parfaitement dans le vaste mouvement que connaît la vie des affaires internationales en recourant au critère de l'incorporation ou du siège statutaire pour déterminer la *lex societatis* d'une société commerciale¹⁹. Par conséquent, la question de la nationalité des sociétés au sein de l'Union européenne se pose avec insistance au regard de la construction européenne d'un point de vue politique mais surtout économique.

8. Certains auteurs considèrent que la nationalité des sociétés serait devenu un « *débat anachronique* » dont les solutions seraient nécessairement prises par le droit de l'Union européenne primaire et dérivé²⁰. En effet, par l'action prétorienne de la Cour de justice, le droit de l'Union européenne est aujourd'hui seul compétent pour régler la question de la reconnaissance des sociétés dans l'Union européenne. La liberté d'établissement, la possibilité de réaliser des fusions intra UE ou encore la création de la société européenne sont source

plusieurs réformes comme la réduction du capital social de la GmbH de 100000 à 25000 euros. Sur ce point, v. également V. Korom, « La liberté d'établissement des personnes morales et l'affaire *Cartesio* : un pas en arrière ? », *RLDA* mars 2009, n° 36, § 2158, p. 10. Répondant à la mise en conformité au droit de l'Union européenne, cette loi allemande répond également à un souci d'ordre économique puisqu'il s'agit de faire en sorte que le droit allemand reste compétitif face aux droits nationaux des autres Etats membres qui ont adopté depuis longtemps le critère formaliste de l'incorporation comme l'Italie ou les Pays-Bas.

¹⁹ Les Pays-Bas adoptèrent relativement tôt le critère de l'incorporation par le biais d'une loi de 1966. La loi hollandaise se déclare applicable aux sociétés enregistrées aux Pays-Bas. Étant donné que le lieu d'immatriculation est fixé par le siège statutaire, le rattachement s'effectue dans l'Etat désigné par le siège statutaire. V. *Hoge raad*, 23 mars 1966, *Weekblad van het recht* 2781, *VLAS Netherlands reports*, p. 39. V. Loi du 25 juillet 1959, entrée en vigueur le 7 octobre 1969.

La Suisse a également introduit dans son droit interne le critère de l'incorporation par la LDIP (loi fédérale suisse de droit international privé) adoptée le 18 décembre 1987. L'article 154-1 de cette loi dispose que les sociétés sont régies par le droit de l'Etat dans lequel elles se sont constituées. L'Italie, traditionnellement pays de siège réel, s'est ralliée au système de l'incorporation par une loi du 1^{er} septembre 1995. L'article 25. 1 de cette loi désigne la loi de l'Etat dans lequel a été enregistrée et constituée la société. Toutefois, la loi italienne apporte un correctif en cas de volonté frauduleuse de contourner certaines dispositions impératives. En effet, la loi italienne s'appliquera à la société non incorporée en Italie si le siège de l'administration est situé en Italie ou si l'activité principale de la société se trouve en Italie. Cf. G. Broggin, « La nouvelle loi italienne de droit international privé », *RSDIE* 1996, pp. 1-41 ; T. Ballarino, « Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé italien », *Rev. crit. DIP* 1996, p. 21 et s.

²⁰ S. Matelly et S. Nies, « La nationalité des sociétés en Europe », *Revue internationale et stratégique*, 2/2006, n° 62, pp. 41-52. Ces auteurs font référence au « patriotisme économique » de certains Etats membres face à la mondialisation des échanges internationaux et à la mise en danger de « champions » nationaux fleurons de l'industrie nationale française ou allemande par exemple. La question se pose de savoir si à l'heure du Marché unique, la nationalité des sociétés a encore un rôle à jouer dans la régulation des échanges internationaux. La conclusion évidente est que – tout du moins dans le cadre de l'Union européenne – les Etats membres ne sauraient brandir l'étendard du patriotisme économique pour empêcher la prise de contrôle d'une société nationale par une société étrangère ou l'implantation de celle-ci sur le territoire national.

d'interrogations en matière de nationalité des sociétés et de loi applicable. Par conséquent, le débat sur la nationalité des sociétés n'est pas tombé en désuétude. Bien au contraire, l'évolution du droit de l'Union européenne apporte de nouvelles interrogations concernant la nationalité des sociétés avec l'émergence d'une citoyenneté européenne des sociétés commerciales, en particulier s'agissant des personnes morales comme la société européenne ou la future société privée européenne. Quel rattachement juridique appliquer à ces sociétés ? Le droit national des Etats membres a-t-il encore un rôle à jouer dans la détermination de la loi applicable et du régime juridique applicable ? Le droit de l'Union européenne bouleverse le droit interne de certains Etats membres puisqu'il impose la reconnaissance de toutes les sociétés ressortissantes d'un autre Etat membre. Les principes du traitement national, impliquant nécessairement la reconnaissance mutuelle des sociétés d'un autre Etat membre, et de non-discrimination fondés sur la nationalité de la société vont réduire considérablement la portée du siège réel sur le territoire de l'UE. Cependant, à ce stade, une remarque importante doit être faite : les règles nationales des Etats membres en matière de nationalité des sociétés s'appliquent sans restriction à toutes les sociétés tiers à l'Union européenne²¹. En matière de reconnaissance et de contrôle de l'activité des sociétés étrangères, le pouvoir des Etats membres est limité uniquement dans le cadre de l'Union européenne.

9. Ainsi, en matière de procédure judiciaire, les articles 14 et 15 du Code civil français ne peuvent pas s'appliquer dans le cadre de l'Union européenne en raison de leur contrariété avec le droit de l'UE. Ces privilèges de juridiction fondés sur la nationalité française du plaignant ou du défendeur sont contraires aux principes du droit de l'UE de non-discrimination et de traitement national des ressortissants personnes physiques ou morales des Etats membres de l'Union européenne²².

²¹ Le droit international privé de chaque Etat membre s'applique dès lors que la société réclamant l'exercice d'un droit ou d'une activité commerciale a son siège social dans un Etat tiers à l'Union européenne ou si les formalités de constitution de ladite société ont été faites dans un Etat tiers.

²² M.-P. Puljak, *Le droit international privé à l'épreuve du principe de non-discrimination en raison de la nationalité*, thèse Aix-en-Provence, éd. PUAM, 2003, 451 p., v. spéc. p. 91 et s.

10. La possibilité offerte par le droit de l'UE à une société issue d'un Etat membre de transférer librement son siège social au sein de l'Union européenne au moyen de la liberté d'établissement à titre principal ou secondaire²³ va également relancer le débat sur la nationalité des sociétés. De nouvelles questions juridiques se posent s'agissant du transfert du siège social à l'étranger ou bien de la fusion internationale de sociétés soumises à des lois organiques différentes. Le parti pris d'étudier plus spécialement le droit de l'UE s'explique par le fait qu'il s'agit aujourd'hui du seul espace régional doté d'un certain degré d'harmonisation juridique entre les législations de tous les Etats membres²⁴.

11. Deux grandes questions se posent dès lors aux juristes. D'une part, le droit français ne consacre-t-il pas, en lieu et place du siège réel, le siège statutaire comme critère de rattachement juridique des sociétés à un Etat²⁵ ? D'autre part, la théorie du siège réel est-elle encore viable à l'heure de la mondialisation et du droit de l'UE en matière de reconnaissance et de libre établissement des sociétés ressortissantes d'un autre Etat membre²⁶ ?

12. L'étude des groupes de sociétés dans le cadre de cette étude peut sembler inappropriée. Or, nous pensons que des exceptions peuvent être admises s'agissant de la détermination de la nationalité d'une filiale. Les groupes de sociétés ont une particularité qui leur est propre dans la mesure où il existe une totale dépendance économique des filiales vis-à-vis de la société mère alors que l'autonomie juridique des sociétés membres du groupe est le principe. De façon unanime, la doctrine s'accorde pour rejeter la nationalité du groupe de sociétés reposant sur la nationalité de la société mère. À juste titre, il n'est pas envisageable de donner une nationalité unique à toutes les sociétés du groupe international. Cette approche unitaire et économique du groupe de société masquerait la réalité complexe de l'organisation structurelle

²³ Art. 49 et 54 TFUE.

²⁴ C. Nourissat, *Droit communautaire des affaires*, 3^{ème} éd., collection Hyper Cours, Dalloz, Paris, 2010, 368 p., v. spéc. n° 199 et s., p. 150 et s.

²⁵ Sur ce point, v. la démonstration qui a été faite par H. Synvet, thèse préc. Cet auteur relève judicieusement que le droit français ne consacre pas explicitement le siège réel. En outre, la jurisprudence française ne recourt au siège réel que dans les cas de la fraude à la loi et du siège social fictif. Par conséquent, le droit français n'est pas si éloigné du critère de l'incorporation puisque les juges se limiteront, dans un premier temps, à la lecture des statuts et au lieu d'enregistrement de la société.

²⁶ De nombreux Etats se tournent vers le critère de l'immatriculation ou de l'incorporation pour essayer d'attirer les capitaux étrangers et demeurer compétitifs d'un point de vue économique.

des groupes internationaux de sociétés. Chaque société filiale doit se voir attribuer une loi organique différente, celle-ci est déterminée par le critère de rattachement en vigueur dans son Etat d'implantation soit le siège social, soit le critère formaliste de l'incorporation. Cependant, il arrive que la filiale d'un groupe se contente d'une remontée des bénéfices à la société mère ou bien elle n'existe que pour bénéficier des avantages fiscaux que la loi nationale accorde à ses sociétés nationales. D'après un courant doctrinal minoritaire, il serait opportun d'appliquer le critère du contrôle économique à ces sociétés commerciales dès lors qu'elles ne participent pas au développement économique de leur Etat d'implantation²⁷. Le bénéfice de dispositions législatives favorables aux sociétés nationales serait ainsi refusé à ces filiales qui seraient en réalité des sociétés étrangères. J. Béguin²⁸ considère pour sa part que « *la nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique* ». Toutefois, une affirmation aussi catégorique risquerait de mettre à mal la situation juridique des sociétés membres du groupe. C'est pourquoi la prise en compte de la nationalité économique de la société filiale doit être limitée. En outre, il semble intéressant de noter qu'une réglementation des groupes de sociétés à l'échelle internationale est possible. La place prise par les groupes internationaux de sociétés dans les relations économiques internationales est telle qu'il a été envisagé de réglementer leur activité. Cependant, « *le droit international privé a du mal à saisir l'entreprise à l'échelle transnationale, de la même manière d'ailleurs que le droit des sociétés se refuse à appréhender de manière globale et homogène le groupe de sociétés* »²⁹. De rares Etats ont procédé à une réglementation des groupes de sociétés, l'exemple le plus abouti est celui du droit allemand qui possède une réglementation spécifique aux groupes de sociétés³⁰. Pour sa part, la CNUDCI a tenté d'élaborer une réglementation qui pourrait servir de socle à tout Etat qui souhaiterait réglementer l'activité des groupes transnationaux de sociétés, en particulier dans le traitement de l'insolvabilité des groupes³¹. Or, ces règles ne

²⁷ D. Pohé, thèse préc.

²⁸ J. Béguin, art. préc.

²⁹ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. 2, partie spéciale, 2^{ème} éd., PUF, Paris, 2010, 557 p., v. spéc. n° 1063, p. 486.

³⁰ Loi allemande du 6 septembre 1965 sur les sociétés par actions et en particulier les groupes de sociétés (*Konzern*), modifiée par la loi du 28 octobre 1994.

³¹ V. le texte du *Guide législatif*, site Internet de la CNUDCI : <http://www.uncitral.org> ; J.-L. Vallens, « Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité : vers l'harmonisation du droit de la faillite ? », *D.* 2004, p. 2420.

sont pas contraignantes, il s'agit de *soft law*. Le but est d'encourager les Etats en proposant un exemple type de réglementation. En revanche, l'Union européenne ayant atteint un certain degré d'intégration normative pourrait parfaitement adopter une réglementation de l'activité des groupes de sociétés. Même si l'avant-projet de 9^{ème} directive sur les groupes de sociétés est au point mort, nous pensons que la SE peut servir de modèle à une réglementation des groupes de sociétés à l'échelon de l'Union européenne³². Par définition, la SE est un groupe de sociétés créé par deux ou plusieurs sociétés ressortissantes d'au moins deux Etats membres de l'Union européenne. Or, il s'avère que la SE a une loi organique qui lui est propre, celle de l'Etat où la SE possède son siège réel³³. Par conséquent, rien ne semble empêcher que cette règle soit transposée aux groupes de sociétés dans certaines situations précises dès lors que la sécurité juridique des petits actionnaires, des tiers ou des salariés est menacée ou en cas de prise de contrôle.

13. Pour répondre à ces questions, nous verrons dans une première partie sur quels fondements doctrinaux et jurisprudentiels la nationalité des sociétés s'est construite. La nationalité des sociétés a pour fonction de résoudre certains problèmes juridiques relativement délicats comme la loi applicable à une société commerciale, la juridiction compétente en cas de litige, les droits dont la société étrangère reconnue peut revendiquer l'exercice. La nationalité des sociétés a des fonctions précises qui doivent être clairement délimitées, l'enjeu principal en la matière est d'éviter toute confusion entre nationalité de la société et loi applicable : le régime juridique de la société est déterminé par la localisation du siège social ou par le lieu où la société a été immatriculée ou incorporée. Ensuite, dans une deuxième partie, nous exposerons la nationalité des sociétés dans un cadre international et européen. Le droit de l'UE va venir scinder en deux le régime juridique de la nationalité des sociétés pour tous les Etats membres. Il existe un régime de nationalité des sociétés propre au droit de l'UE dans lequel les principes de non-discrimination, de traitement national et de libre

³² En ce sens, D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*

³³ Nous verrons que ce critère de rattachement s'est avéré trop rigide pour garantir une totale mobilité de la SE sur le territoire de l'Union européenne. C'est pourquoi la doctrine et les milieux d'affaires espèrent que la révision du règlement CE n° 2157/2001 relatif au statut de la SE et devant intervenir en 2012 fera du siège statutaire le critère de rattachement de la SE.

établissement sont omniprésents et un régime dérogatoire où les règles de droit international privé en vigueur dans chaque Etat membre retrouvent à s'appliquer. La nationalité des sociétés va susciter de nouvelles interrogations en raison de la mobilité des sociétés dans l'espace de l'Union européenne. Le droit de l'UE va bouleverser le droit des Etats membres en garantissant la reconnaissance de toutes les sociétés ressortissantes d'un Etat membre et en consacrant le libre établissement dans l'Union européenne. Nous verrons donc quelles sont les conséquences du droit de l'UE sur la nationalité des sociétés et les critères de rattachement juridique consacrés par les Etats membres. À ce stade, un premier constat s'impose : le critère du siège réel semble voué à disparaître, aussi bien dans le cadre régional du droit de l'UE qu'en droit international privé.

PREMIERE PARTIE : L'EXISTENCE ET LA DETERMINATION DE LA NATIONALITE DES SOCIETES

TITRE I : LES CRITERES DE RATTACHEMENT D'UNE SOCIETE A UN ETAT DEGAGES PAR LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE

CHAPITRE I : LA DETERMINATION DE LA NOTION DE NATIONALITE DES SOCIETES EN DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE II : LE TRAITEMENT DES SOCIETES ETRANGERES PAR LE DROIT FRANÇAIS : RECONNAISSANCE ET JOUISSANCE DES DROITS

CHAPITRE I : LA DETERMINATION DE LA NOTION DE NATIONALITE DES SOCIETES EN DROIT FRANÇAIS

14. La nationalité des sociétés n'a jamais fait l'objet d'une définition en droit français. Par conséquent, malgré l'usage fait par le législateur³⁴ de ce terme dans certains textes, il est revenu à la doctrine³⁵ et à la jurisprudence de définir les contours de la notion de nationalité des sociétés. Il est aussi important de noter que plus personne ne songe à contester la notion de nationalité des sociétés. Toutefois, des désaccords surgissent dès qu'il faut déterminer la portée et la signification de cette notion.

Nous verrons tout d'abord quelles ont été ces controverses doctrinales relatives à l'émergence de la notion et de ses applications en droit des sociétés (section I), puis nous exposerons les critères de détermination dégagés par la doctrine et par la jurisprudence (section II). Enfin, nous ferons un tour d'horizon des droits européens et leur approche de la nationalité des sociétés (section III).

Section I : Les controverses doctrinales relatives à la nationalité des sociétés.

15. Le débat sur la question de l'application d'une nationalité à une société a d'abord porté sur sa légitimité. Il s'agissait de déterminer si la nationalité était applicable aux personnes morales et spécialement aux sociétés ou s'il ne s'agissait que d'une commodité de langage. Cette position a été âprement combattue par de célèbres auteurs (§ 1), mais finalement la jurisprudence et la doctrine majoritaire se sont accordées sur le fait qu'une société, au même titre qu'une personne physique, peut par analogie se voir attribuer une nationalité (§ 2).

³⁴ En effet, le législateur fait référence à la « *nationalité* » des sociétés dans la loi du 24 juillet 1966 : art. 3, 31, 60 et 154 ; loi du 24 juillet 1867 : art. 31 (rédaction 29 février 1953) ; loi du 7 mars 1925 : art. 31 ; C. com. : art. L. 228-9, L. 223-30 et L. 225-97 ; C. civ. : art. 1837.

³⁵ De Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*, Paris, 1902, éd. Pichon, p. 643 et s. Cet auteur a été l'un des premiers à contester la nationalité des sociétés. Il considérait les personnes morales comme une pure fiction juridique. Mais c'est surtout Niboyet qui a marqué les esprits avec son article niant l'existence d'une nationalité propre aux sociétés et préférant plutôt parler « *d'allégeance politique* » à un Etat : « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *Rev. crit. DIP* 1927, p. 402 et s.

§ 1. Théorie générale de la nationalité des sociétés.

16. Si la question de la nationalité des sociétés a fait l'objet d'aussi vives et intenses discussions juridiques, ceci est dû à l'importance des nombreux intérêts qui sont attachés à ce problème. En effet, le rattachement juridique d'une société à un Etat est indispensable et conditionne les droits et les obligations dont la société en cause peut jouir. Le point de départ de la controverse se situe au lendemain de la première guerre mondiale, même si bien avant cela des auteurs s'engagèrent contre l'application de la nationalité aux sociétés et aux personnes morales en général. Un débat acharné a vu le jour au sein de la doctrine sur l'opportunité d'appliquer la notion de nationalité aux sociétés commerciales. Niboyet qui était le fer de lance de cette opposition ne voyait dans la nationalité des sociétés qu'un lien politique³⁶, de pure allégeance à un Etat (A). En revanche, pour la doctrine favorable à une nationalité des sociétés, il existe une unité entre la personnalité juridique des personnes physiques et des personnes morales³⁷ dont l'un des attributs réside dans la nationalité (B).

A/ La position de Niboyet et du courant doctrinal opposé à l'application de la nationalité aux sociétés commerciales.

17. Dès la fin de la première guerre mondiale, un auteur pointa du doigt le manque de cohérence du système français en matière de nationalité des sociétés³⁸. Son point de vue trouva écho auprès de Niboyet qui s'attela à développer toute une argumentation à même de convaincre de l'inexistence d'une nationalité propre aux sociétés. Pour Niboyet, la nationalité *stricto sensu* n'est applicable qu'aux personnes physiques. En effet, si l'on retient la définition communément admise en droit international privé de la nationalité des individus, à savoir « l'appartenance juridique d'une personne à la population constitutive d'un Etat »³⁹, cette

³⁶ Niboyet, art. précité, *Rev. crit. DIP* 1927.

³⁷ M. Salem, « La question de la nationalité des sociétés et les intérêts français à l'étranger », *JDI* 1919, p. 23 et s. ; L. Mazeaud, « La nationalité des sociétés », *JDI* 1928, p. 30.

³⁸ Pépy, thèse préc., Paris, 1920.

³⁹ H. Battifol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, t. 1, 8^{ème} éd., LGDJ, Paris, 1993, n° 50.

dernière ne vaut pas pour les personnes morales. Toutefois, il faut préciser que la critique reste d'ordre terminologique et repose sur le postulat que le terme *nationalité* désigne exclusivement l'appartenance à la population de l'Etat. C'est pourquoi Niboyet préfère parler d'« *allégeance politique* »⁴⁰. Plusieurs auteurs avant Niboyet ont contesté l'application de la nationalité aux sociétés commerciales. Pillet⁴¹ et Demogue⁴² critiquèrent également l'application de la nationalité aux sociétés. Pillet remarqua que deux liens d'allégeance attachent l'individu à l'Etat, le domicile et la nationalité. L'allégeance, résultant de la nationalité, a triomphé pour les personnes physiques et le domicile est passé au second plan. Le domicile n'est plus qu'un simple élément de détermination de la nationalité, nécessaire dans la mesure où le *jus soli* trouve une place à côté du *jus sanguinis*. Dans cette thèse défendue par ces auteurs, si l'on applique aux personnes morales la nationalité, ce ne peut être qu'en faisant abstraction du *jus sanguinis*, celle-ci se confond alors avec le domicile qui est une notion voisine mais différente. Ce mot n'a pas ici la même signification pour les personnes physiques, « *la question du droit de vote, de l'accès aux fonctions électives ou publiques ne se pose pas pour une personne morale* »⁴³.

18. La contestation d'une nationalité, transposée aux personnes morales, s'est développée sur trois points :

- la nature de la notion ;
- sa fonction ;
- et, en dernier lieu, son mode de fonctionnement.

L'unité de la notion n'est pas remise en question par cette diversification des formes dès lors que celles-ci tendent aux mêmes objectifs : c'est-à-dire l'identification d'un Etat en vue de la détermination de la loi applicable, l'exercice de la protection diplomatique, la reconnaissance

⁴⁰ B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2006, 814 p., n° 50, v. pp. 453-466.

⁴¹ Pillet, *Les personnes privées en droit international privé*, thèse Paris, 1914, p. 121 et s. Pour Pillet, l'usage du mot *nationalité* à propos des personnes morales est une simple analogie. En outre, aucun des droits reconnus aux personnes morales n'a l'essence de la nationalité.

⁴² Demogue, *Sirey* 1908, 2, p. 177.

⁴³ T. Vignal, *Droit international privé*, Armand Colin, Paris, 2005, v. spéc. pp. 432 à 435.

du bénéfice des traités et l'application des règles relatives à la condition des étrangers⁴⁴. En effet, hormis l'hypothèse rare en droit international public d'une action en justice fondée sur la protection diplomatique, la nationalité n'a de fonction que dans la détermination de la loi applicable et dans la recherche des droits dont peut jouir une société. Mais Niboyet⁴⁵ analyse la nationalité comme un rapport d'ordre politique entre un individu et un Etat. Il conteste, par conséquent, son application aux sociétés dans lesquelles il ne voit qu'un simple contrat insusceptible de rapports politiques et dont le rattachement se détermine nécessairement *lege fori*, alors que la nationalité des individus⁴⁶ n'est attribuée que par référence aux lois du pays dont la nationalité est en cause, c'est-à-dire *lege causae*. Selon Niboyet⁴⁷, cette méthode est incompatible avec les principes fondamentaux établis en matière de nationalité des personnes physiques. Il condamne fermement l'attribution d'une nationalité aux sociétés *lege fori*. La nationalité ne peut que se définir en termes d'exclusivité de compétence étatique et il soutient que la méthode d'attribution unilatérale est de la nature de la nationalité⁴⁸. Niboyet distinguait ainsi l'allégeance juridique des sociétés relative aux conflits de lois se rapportant aux sociétés et l'allégeance politique qui concernait les conditions des sociétés. Cette différence relative à la méthode d'attribution de la nationalité – bilatérale ou unilatérale – révèle une divergence notable qui reflète une différence de nature entre la nationalité des personnes physiques et celle des personnes morales⁴⁹.

19. Nous sommes d'accord sur le fait que la nationalité est le lien qui unit une personne physique à un Etat, ce lien est fait de sentiments affectifs, culturels ou historiques qu'une société ne peut pas avoir. De plus, la nationalité *stricto sensu* donne des droits politiques auxquels la société ne peut pas prétendre. Mais c'est une critique d'importance secondaire puisque les auteurs qui nient la nationalité des sociétés reconnaissent les intérêts qu'elle

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Niboyet, art. précité, *Rev. crit. DIP* 1927.

⁴⁶ F. Terré, « Réflexions sur la notion de nationalité », *Rev. crit. DIP* 1975, p. 4.

⁴⁷ Niboyet, *Traité de droit international privé*, Sirey, Paris, 2^{ème} éd., 7 vol., 1947-1951, t. II, n°753.

⁴⁸ Von Bar, *Annuaire de l'Institut de droit international*, éd. Abrégée, t. IV, p. 541 : « Imposer une compétence à qui n'en veut pas, ce n'est pas le traiter en égal, c'est revendiquer une espèce de supériorité ou s'attribuer un droit supranational, c'est agir comme une Cour supérieure qui ordonne à un tribunal inférieur, qui s'était déclaré incompétent, de statuer sur le fond. Or, comme tous les Etats sont égaux et doivent se respecter les uns les autres, il ne peut y avoir de compétence imposée ». Cf. M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*

⁴⁹ Niboyet, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*

impliquent et admettent l'existence d'une allégeance politique des personnes morales⁵⁰. Or, c'est là tout l'enjeu de la nationalité des sociétés : déterminer la loi applicable et le régime juridique de la société pour la jouissance des droits reconnus aux sociétés nationales d'un Etat donné. Il est clair que la nationalité des personnes morales ne peut pas avoir les conséquences politiques et juridiques que la nationalité produit pour les personnes physiques, le débat doctrinal avait pour objet un usage abusif du terme de nationalité et non ses effets proprement dits.

20. Un autre point important résulte de l'interprétation de l'article L. 210-6 du Code de commerce qui dispose que « *les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés* ». Ce n'est pas la date du contrat qui est prise en compte mais la date de publication au registre du commerce et des sociétés. Si l'on considère que la société est avant tout un contrat, on doit admettre qu'elle est régie par la loi d'autonomie. Mais cette solution ne peut pas être généralisée : les associés ne peuvent régir leur société par la loi d'autonomie alors qu'elle participe au développement économique d'un autre pays, surtout si ce dernier est celui du *for*. Ensuite, la personnalité accordée à la société lui permet de participer à la vie économique et sociale d'un Etat. La protection des tiers et des actionnaires nécessite d'encadrer la détermination de la *lex societatis*. Or, la protection juridique n'est pas réalisable par la seule application de la loi d'autonomie.

21. Cette thèse défendue par Niboyet a été qualifiée d'arbitraire par certains auteurs. En effet, « *pourquoi refuser à la société de siège français, mais sous contrôle étranger, le bénéfice des articles 14 et 15 du Code civil, ou celle de la loi du 1^{er} juillet 1926 (ou du décret du 30 septembre 1953), alors qu'elle contribue de la même façon qu'une société française à la prospérité française ?* »⁵¹. Même si l'on tient compte du fait que la thèse de Niboyet est teintée de nationalisme⁵², en raison de la première Guerre mondiale, elle n'est pas

⁵⁰ Niboyet, art. précité, *Rev. crit. DIP* 1927 ; Pépy, *La nationalité des sociétés*, thèse Paris, 1920 ; Pillet, thèse préc., Paris, 1914.

⁵¹ B. Ancel et Y. Lequette, *op. cit.*, arrêt « *CCRMA* », n° 50.

⁵² B. Audit, *Droit international privé*, 6^{ème} éd., Corpus Droit privé, éd. Economica, Paris, 2010, n° 97, pp. 85-86.

convaincante. Admettre que le critère du contrôle puisse couvrir un ensemble de questions aussi vastes que celles de la condition des étrangers est le pêché d'un « *faiseur de système* »⁵³. Il est nécessaire de déterminer le rattachement d'une société pour connaître sa *lex societatis* et son régime juridique. Malgré le fait que Niboyet rejette la notion de nationalité des sociétés, il admet en définitive qu'il est nécessaire de rattacher une société à un Etat afin de résoudre certains problèmes que son existence pose en droit international privé.

La doctrine⁵⁴ s'accorde sur le principe d'une nationalité propre aux sociétés, la jurisprudence⁵⁵ y fait même référence sans restrictions dans ses décisions, et le législateur⁵⁶ a explicitement employé le terme nationalité des sociétés dans la loi du 24 juillet 1966 sans pour autant le définir.

B. La doctrine favorable à la nationalité des sociétés.

22. Historiquement, la nationalité des sociétés a été défendue par Salem⁵⁷ et Mazeaud⁵⁸. À cette époque, la théorie de la réalité des personnes morales connaissait un intérêt croissant. À partir du moment où la réalité des personnes morales est reconnue au même titre que les personnes physiques, celles-ci vont être soumises à leur loi nationale pour tout ce qui se rapporte à leur statut personnel. L. Mazeaud refuse de considérer les personnes morales comme de simples fictions, ce qui logiquement conduirait à tenir le même raisonnement que

⁵³ J. Rivero, *Dalloz* 1952, chr. 99.

⁵⁴ B. Audit, *op. cit.*, n° 1104 et s. Toutefois, pour cet auteur, transposer le concept de nationalité aux sociétés est inexact et inapplicable. Les sociétés *stricto sensu* ne font pas partie de la population d'un Etat, elles n'ont ni histoire collective, ni culture, ni mentalité, elles n'ont que des biens situés sur le territoire d'un pays et indirectement possédés par des individus de telle ou telle nationalité. Mais il accepte néanmoins le recours à la nationalité à cause justement de la reconnaissance de la personnalité juridique à certains groupements. La nationalité est donc nécessaire pour déterminer la jouissance des droits et la protection diplomatique. V. aussi R. Cassin, *Travaux Comité français DIP*, 1934, p. 93 ; Demassieux, *Le changement de nationalité des sociétés anonymes*, thèse Lille, 1928 ; Mondon, *La nationalité des sociétés*, thèse Grenoble, 1937.

⁵⁵ La notion est surtout employée en matière de conflits de lois, v. Cass. ass. plé., 21 déc. 1990, *Dalloz* 1991, p. 305, conclusions Dontenville.

⁵⁶ V. en particulier la loi du 24 juillet 1966, art. 31, 60 et 154 (devenus L. 222-9, 223-30, 225-97 C. com.).

⁵⁷ Salem, « La question de la nationalité des sociétés et les intérêts français à l'étranger », *JDI* 1919, p. 23 et s.

⁵⁸ L. Mazeaud, « De la nationalité des sociétés », *JDI* 1928, p. 30 et s.

pour les personnes physiques. Cet auteur transpose la personnalité des personnes physiques à celle des personnes morales, il n'y a qu'une seule personnalité juridique applicable aux personnes physiques et morales. Même s'il n'existe pas « *d'assimilation pure et simple* », l'analogie entre personnes physiques et morales serait suffisante pour transposer à ces dernières le « *concept de nationalité* »⁵⁹, défini comme « *le lien qui unit une personne à un Etat* »⁶⁰. En effet, les êtres humains ne sont dotés d'une personnalité qu'en vertu d'une construction juridique dont les personnes morales ne peuvent être écartées. Après avoir découvert une personnalité juridique unique, ces auteurs font remarquer que la nature du lien résultant de la nationalité n'est pas seulement politique. La nationalité détermine le statut juridique de la société, autrement dit la loi applicable. De plus, les sociétés établissent des rapports politiques par leur loyalisme envers un pays qui se manifesterait par leur contribution à la prospérité de celui-ci. Ainsi, B. Goldman compare le siège social au *jus soli* et le caractère politique de l'allégeance des sociétés à celui de la nationalité des sociétés⁶¹. La doctrine moderne est convaincue par cette argumentation et justifie la transposition de la nationalité aux personnes morales en indiquant que « *l'identité des termes a l'inconvénient de voiler la distinction mais a l'avantage de rappeler l'analogie* »⁶².

23. Selon H. Battifol et P. Lagarde, la différence des méthodes d'attribution n'est pas un obstacle insurmontable à la transposition de la nationalité aux sociétés⁶³. D'après un autre point de vue, la distinction des méthodes permet de conclure que la nationalité des sociétés « *est une autre espèce du même genre, moins sujette à la domination de l'idée de souveraineté* »⁶⁴. MM. Mayer et Heuzé partagent aussi cette opinion. Ils reconnaissent que la personnalité physique n'est jamais qu'un bienfait de la loi⁶⁵, aucun être ne possède la personnalité juridique naturellement. Par conséquent, le concept de personnalité est unique : quelque soit l'être auquel on l'applique, c'est l'aptitude à être titulaire de droits. La nationalité

⁵⁹ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 13.

⁶⁰ L. Mazeaud, art. précité.

⁶¹ B. Goldman, *Cours de droit du commerce international*, 1970-1971.

⁶² H. Battifol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, 2^{ème} éd., LGDJ, Paris, 1993, n° 193, p. 333.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ B. Ancel et Y. Lequette, op. cit., p. 466.

⁶⁵ P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 10^{ème} éd., Domat droit privé, Montchrestien, Paris, 2010, n° 1043 et s.

des personnes morales n'est pas nécessairement de la même nature que celle des personnes physiques. Ces auteurs font valoir que les opposants à cette théorie ont une « *position de repli* »⁶⁶, qui consiste à mettre en évidence les différences qui opposent personnes physiques et personnes morales. S'agissant de l'élément affectif, les auteurs font valoir que l'appartenance sociologique à un Etat ne serait que l'expression d'une nationalité de fait⁶⁷. La langue, l'histoire commune, la culture ou la mentalité sont des éléments de définition de la nationalité des personnes physiques qui relèveraient de la nationalité de fait. Quant à la nationalité de droit, elle est déterminée par les Etats selon des critères qui leur sont propres. De ce point de vue, l'image utilisée par B. Goldman qui compare le *jus soli* au siège social est intéressante puisqu'il s'agirait là du critère d'attribution d'une nationalité aux sociétés.

24. Si l'on refuse d'étendre la nationalité aux sociétés, elles courent notamment le danger de ne pas pouvoir invoquer la protection diplomatique de leur Etat en cas de préjudice à l'étranger⁶⁸. Cette position de rejet est difficilement recevable et aucun Etat dans le monde n'a intérêt à voir l'une de ses sociétés faire l'objet de mesures coercitives à l'étranger sans réagir. L'exemple le plus extrême serait celui d'une société faisant l'objet d'une nationalisation forcée sans une juste compensation de l'Etat étranger. Une jurisprudence constante de la Cour internationale de justice admet les Etats à protéger sur le plan diplomatique leurs sociétés nationales. En outre, la Cour internationale de justice va plus loin dans l'analogie avec la nationalité des personnes physiques en affirmant que la nationalité des personnes doit être déterminée en principe par application des règles de l'Etat dont la nationalité est en cause. Ainsi, le droit d'exercer la protection diplomatique appartient à « *l'Etat sous la loi duquel la société s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège social* »⁶⁹. Il n'y a qu'une seule nationalité que l'on peut appliquer indifféremment aux personnes physiques et aux

⁶⁶ *Ibid.* ; V. Niboyet, *Traité de droit international privé, op. cit.* Les critères d'attribution peuvent être les mêmes mais les effets de l'allégeance sont différents : une société n'a pas de droits civils et politiques. La nationalité des sociétés est donc dépourvue de tout caractère affectif.

⁶⁷ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 1043 et s.

⁶⁸ Frossard, art. précité, n° 5, p.15.

⁶⁹ CIJ, 5 février 1970, aff. « *Barcelona Traction* », *Rec.* 1970, p. 3 ; v. aussi Ph. Franceskakis, *Rev. crit. DIP* 1970, p. 609.

personnes morales⁷⁰. L'arrêt « *Barcelona Traction* » a appliqué le critère du siège social, mais dans un arrêt ultérieur la Cour internationale de justice a fait usage du critère du contrôle pour reconnaître le droit à un Etat de pouvoir protéger les personnes physiques actionnaires d'une société⁷¹. Il semblerait que la Cour internationale de justice ne penche pas en faveur d'un critère précis, elle laisse à chaque Etat souverain la liberté d'appliquer son propre critère de rattachement juridique.

25. Bien que ne contestant pas l'analogie entre personnes physiques et personnes morales, certains auteurs sensibles à l'argumentation de Niboyet repoussent cette définition proposée et préfèrent reconnaître la nationalité dans « *la compétence personnelle étatique opposable aux autres Etats* »⁷². Plus que par les fonctions qui lui sont assignées – détermination de la loi applicable, jouissance des droits, protection diplomatique – la nationalité des sociétés se caractériserait par l'exclusivité de compétence qu'elle confère à un Etat de régir le statut juridique de la société⁷³. Un auteur ne souscrit à aucune de ces définitions et affirme que l'analogie avec les personnes physiques n'apparaît pas dans le lien rattachant la personne à l'Etat, politique pour les individus, juridique pour les sociétés mais dans la fonction de la nationalité qui consiste à établir un lien stable avec l'Etat⁷⁴. Cette définition est assez vague mais elle a le mérite de souligner les fonctions de la nationalité des sociétés. Un auteur favorable à la nationalité des sociétés affirme même qu'une occasion pour définir la nationalité des sociétés a été manquée lors du vote de la loi du 24 juillet 1966⁷⁵. Selon J. Frossard, « *la loi de 1966 est prudente en ces termes ; le législateur n'a pas posé de règles, dans un domaine voisin de celui qui est l'objet de notre propos, qu'en matière de conflits (article 3), même lorsqu'il utilise, de façon peut-être impropre, le mot nationalité (articles 60 et 154). Nous ne disposons pour l'instant d'aucun texte à portée générale* ». Les réticences de

⁷⁰ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 1044, *in fine*.

⁷¹ CII, 20 juillet 1989, aff. « *Elettronica Secula* », *Rec.* 1989, p. 15 ; B. Stern, « La protection diplomatique des investisseurs internationaux », *JDI* 1990, p. 897 ; P. Juillard, « L'affaire Elettronica Secula : procès sur un traité ou procès d'un traité », *Ann. franç. de dr. intern.*, 1989, vol. 35, n° 35, pp. 276-297. En l'espèce, la Cour a admis la recevabilité de la protection dans un cas où l'Etat défendeur était l'Etat national de la société.

⁷² L. Lévy, thèse préc., n° 17 ; P. Mayer, *op. cit.*, n° 836, p. 546.

⁷³ En ce sens, L. Lévy, thèse préc., p. 40 ; v. aussi P. Louis-Lucas, « Remarques sur la nationalité des sociétés », *JCP* 1953, I, 1104.

⁷⁴ H. Synvet, *op. cit.*, p. 162, n° 184.

⁷⁵ Frossard, art. précité.

certain auteurs trouvent leur explication dans les excès de la théorie organique de la personnalité morale et les hésitations de la doctrine et de la jurisprudence à dégager un critère stable et précis pour déterminer le rattachement juridique des sociétés commerciales.

26. J. Frossard revient sur la distinction entre nationalité et condition des étrangers. Il reconnaît qu'une distinction est possible mais que la condition des étrangers dépend de la nationalité. Si l'on poursuit le raisonnement par analogie qui nous conduit à attribuer une nationalité à une personne morale comme s'il s'agissait d'une personne physique, on doit admettre que la société étrangère a en France le statut auquel est soumis tout étranger. Par conséquent, l'article 11 du Code civil, prônant le principe de réciprocité, est applicable. Dans le cas contraire, comment les sociétés pourraient-elles revendiquer le bénéfice de la protection diplomatique de leur gouvernement si on refuse de leur appliquer une nationalité ? Cependant, Frossard admet que la nationalité des sociétés a nécessairement un rôle plus restreint en droit privé. En effet, la loi nationale a pour rôle de déterminer l'état et la capacité des personnes physiques, mais la notion d'état est discutable s'agissant des sociétés⁷⁶. Quant à la capacité, elle est normalement limitée à la jouissance et à l'exercice des seuls droits patrimoniaux. Toutefois, une décision de justice est allée à l'encontre de ce principe⁷⁷. La Cour de cassation est allée jusqu'à faire une analogie totale entre les sociétés et les personnes physiques en évoquant leur « *statut personnel* »⁷⁸. L'analogie avec les personnes physiques est donc poussée à son paroxysme.

27. La doctrine majoritaire accepte aujourd'hui la notion de nationalité des sociétés. Mais des désaccords profonds existent sur les fonctions de la nationalité des sociétés⁷⁹. Par ailleurs, la recherche d'un critère stable et sûr d'un point de vue juridique a été lente et fastidieuse. Faute d'une définition expresse donnée par le législateur français, la jurisprudence a dû rechercher le critère le plus adéquat en matière de détermination de la nationalité des sociétés.

⁷⁶ J. Frossard, art. précité, *Dalloz* 1969, 1, p. 10.

⁷⁷ Cass. civ., 4 juillet 1923, *Sirey* 1923, I, 81. Pour la Cour de cassation, « *le statut personnel comprend les dispositions de la loi qui ont pour objet de régler la capacité des personnes, soit physiques, soit morales* ».

⁷⁸ C.A. Paris, 14 mars 1964, « *B.U.S.* », *Dalloz* 1965, p. 241.

⁷⁹ V. not. L. Lévy, thèse préc. ; v. aussi H. Synvet, thèse préc.

Deux critères sont utilisés par la jurisprudence : le siège social et celui de l'incorporation. La jurisprudence française n'utilise que le critère du siège social même si celui-ci a pris des formes diverses par le passé. Il y a également le recours au contrôle mais il ne s'agit nullement d'un critère de rattachement juridique des sociétés. Le contrôle est un critère subsidiaire et négatif qui a pour fonction de percer le voile social et d'atteindre directement les personnes physiques composant la société.

§ 2. Les critères utilisés par la jurisprudence française en matière de détermination de la nationalité des sociétés.

28. S'agissant de savoir si une société est française ou non, deux tendances s'affrontent. Selon la première tendance, la question de la nationalité d'une société doit être résolue par le recours à un critère unique, quel que soit le problème à régler. D'après les tenants de cette thèse, le critère le plus adéquat est celui du siège social, ne serait-ce que pour assurer une coïncidence entre la nationalité de la société et la loi qui régit son statut. Selon la seconde conception, le critère doit varier pour s'adapter à l'intérêt en jeu. Une société pourrait être déclarée française pour sa soumission à un impôt, et étrangère pour la jouissance du droit au renouvellement de son bail commercial⁸⁰. C'est la première conception qui domine en jurisprudence et en doctrine. À juste titre, le relativisme de la seconde hypothèse est rejetée par la doctrine moderne qui voit là une atteinte à la sécurité juridique et une absence de prévisibilité des décisions de justice⁸¹. Hormis le critère de principe du siège social, d'autres critères sont susceptibles d'être utilisés par la jurisprudence : la direction effective de la société, l'incorporation ou le lieu d'immatriculation de la société – critère de principe du droit anglo-saxon – et le critère du principal établissement⁸². La question du rattachement juridique des sociétés est toujours d'actualité « *tant sur le plan conceptuel que sur le plan pratique* »⁸³.

⁸⁰ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 1046, p. 743.

⁸¹ Battifol et P. Lagarde, *Traité, op. cit.*, n° 192 et 197.

⁸² S. Clavel, *Droit international privé*, collection Hyper cours, Dalloz, 2009, n° 821, p. 435 ; v. aussi Ripert et Roblot (actualisé par M. Germain), *Traité de droit commercial*, t. I, 19^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2009, 994 p.

⁸³ M. Menjucq, « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, Paris, 2003, p. 831.

Le droit international privé connaît un certain nombre de difficultés parmi lesquelles figure la détermination de la nationalité des sociétés.

Nous étudierons donc successivement les différents critères mis en œuvre par les juges pour déterminer la nationalité des sociétés et la loi applicable, à savoir le critère du siège social (A), celui de l'exploitation (B) et enfin le centre de décision (C).

A. Le critère du siège social.

29. Le critère du siège social est un critère simple et facile à utiliser : il s'agit tout simplement du lieu où se situe la direction de la société. Traditionnellement, il détermine la nationalité de la société⁸⁴. En droit français, le siège social présente à la fois un aspect formel et matériel : l'aspect formel du siège social résulte de la mention du lieu dans les statuts de la société qui détermine le greffe du tribunal de commerce compétent pour immatriculer la société au registre du commerce et des sociétés. Ainsi, toute société qui précise dans ses statuts qu'elle a son siège social en France doit être immatriculée au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel elle a son siège. L'aspect matériel du siège social implique que le siège réel doit se situer également en France.

B. Le critère de l'exploitation.

30. C'est un critère difficile à appréhender, il s'appuie sur des éléments de fait laissés à la libre appréciation des juges du fond. Ce critère est relativement aléatoire et incertain, il est largement tributaire des recherches et autres investigations effectuées par les juges. En pratique, il s'agit du lieu principal où la société exerce son activité commerciale ou industrielle. Ce critère relève essentiellement d'une analyse *in concreto* de la situation

⁸⁴ J. Béguin et M. Menjucq (sous la direction de), *Droit du commerce international*, ouvrage collectif, éd. Litec, Paris, 1119 p., v. spéc. n° 457 et s., p. 176.

économique de la société en cause. La recherche du lieu de l'exploitation est un « *élément correcteur* »⁸⁵ du siège social. Il est utilisé par la jurisprudence française en parallèle avec le centre de décision.

C. Le centre de décision.

31. Ce critère est parfois évoqué par la doctrine⁸⁶. Mais il est dangereux et peu opérationnel en pratique car la localisation effective de ce centre est le plus souvent délicate⁸⁷. La dangerosité du critère vient du fait que le risque est grand de voir dénoncer le caractère étranger d'une société dont les dirigeants, pour des raisons fiscales ou culturelles, résident à un certain moment dans un autre pays que celui auquel la société est rattachée juridiquement par le critère du siège social. Le droit positif français facilite la non résidence des dirigeants sociaux en permettant par exemple la participation au conseil d'administration d'une société anonyme par des moyens électroniques⁸⁸. En outre, ce critère du centre de décision peut être utilisé spécialement dans le cas des filiales en France de groupes étrangers, le critère du siège social peut alors se révéler insuffisant⁸⁹. En dépit du fait que les dirigeants sociaux sont installés en France et semblent prendre toutes les décisions depuis le sol français, il apparaît en pratique que la politique économique est donnée par la société-mère ou par le centre de décision du groupe.

32. Il est inévitable que le groupe dicte sa stratégie à l'ensemble de ses filiales, ne serait-ce que dans la mesure où les dirigeants des différentes filiales sont nommés par la société-mère agissant en tant qu'actionnaire majoritaire. L'intérêt du groupe va primer sur celui de chaque filiale prise isolément. Toutefois, ces mêmes dirigeants de la filiale ne doivent pas être de simples « *employés de la société-mère agissant pour le compte de celle-ci, au détriment*

⁸⁵ J. Béguin et M. Menjucq, *op. cit.*, n° 457, p. 176.

⁸⁶ B. Goldman, « La nationalité des sociétés dans la Communauté économique européenne », in *Travaux du Comité français de DIP*, 1966-1969, p. 242.

⁸⁷ Mousseron, Reynard, Fabre et Pierre, *op. cit.*, n° 43, p. 30.

⁸⁸ J. Béguin et M. Menjucq (sous la direction de), *op. cit.*, n° 457, p. 177.

⁸⁹ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 1049, pp. 767-768.

éventuel de l'intérêt social de la filiale »⁹⁰. Dans ce cas, la nationalité de la filiale pourrait être mise en doute malgré le fait que le siège social se situe en France. La jurisprudence a eu à connaître de cette hypothèse dans l'affaire « *Fruehauf* » jugée par la Cour d'appel de Paris le 22 mai 1965⁹¹. Conscient de cette réalité de dépendance économique, B. Goldman proposa le critère du centre de décision, « *lieu d'où part l'impulsion de l'activité sociale* »⁹², pour remplacer le siège social. Parallèlement à la localisation du centre de décision, un autre élément est pris en compte simultanément : il s'agit de l'existence en France d'un centre d'exploitation.

Dans une certaine mesure, il est vrai qu'à l'égard des grands groupes internationaux de sociétés la plupart des décisions en matière de politique économique et de stratégie commerciale viennent de la société-mère qui impose ses vues à l'ensemble de ses filiales. En outre, dans l'opinion publique, la nationalité de la filiale va suivre celle de la société-mère. Néanmoins, attribuer une nationalité à la filiale basée sur ce seul fondement serait inexact d'un strict point de vue juridique même si des aménagements seraient souhaitables, en particulier dans les pays en développement pour garantir que les profits des filiales ne sont pas expatriés à l'étranger et qu'ils servent en partie au développement du pays d'implantation de la filiale du groupe international.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ CA Paris, 14^{ème} ch., 22 mai 1965, « *Soc. Fruehauf Corporation c/ Massardy et autres* », *JCP* 1965. II. 14274 bis, concl. Nepveu ; R. Contin, « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés », *D.* 1968, chron. p. 45. Cet arrêt avait fait ressortir cette réalité économique nouvelle et avait souligné les paradoxes entre le rattachement juridique d'une filiale et son rattachement politique et économique à l'Etat national de sa société-mère. En effet, pour respecter l'embargo décrété par les Etats-Unis contre la Chine, la société Fruehauf France, filiale du groupe américain, était sur le point par l'intermédiaire de l'un de ses dirigeants sociaux à résilier, sur ordre de la société-mère, un contrat vital pour sa propre survie. Cf. également l'affaire « *Prost* » : TGI Paris, 7 mars 1986, confirmé par Cass. com., 2 avril 1996 (*D.* 1996, inf. rap., p. 123 ; *Bull. Joly sociétés* 1996, p. 510, note P. le Cannu). Dans cette affaire, A. Prost put obtenir l'annulation d'un contrat d'édition passé avec le groupe Presses de la cité au motif que ce dernier, bien que jouissant d'une autonomie bancaire, « *était une entité dépourvue de la personnalité morale* ». Dans le même sens : Cass. com., 4 novembre 1987, *Rev. soc.* 1988, p. 393, note P. le Cannu. La Cour de cassation annule un jugement condamnant une filiale alors que seule la société mère avait été assignée au motif que les deux sociétés disposant de personnalités juridiques distinctes, la filiale ne pouvait pas être jugée sans avoir été personnellement appelée.

⁹² B. Goldman, *op. cit.*, p. 100.

L'évolution de la jurisprudence reflète une confusion entre nationalité et *lex societatis*. Le facteur de rattachement de la société ne semble plus être la nationalité mais la localisation du siège social de la société. Deux courants de pensée s'affrontent, l'un classique estimant que la société est régie par sa loi nationale, le second plus récent fait référence au siège social pour déterminer la loi applicable à la société⁹³.

Section II : L'existence et la détermination de la nationalité des sociétés en droit positif français.

33. Une société est soit française, soit étrangère et soumise aux restrictions qui visent les étrangers. Cette question relève de la jouissance des droits. Connaître la nationalité des sociétés n'a aucun intérêt *a priori*, les enjeux sont toujours à rechercher du côté des intérêts rattachés à la nationalité des sociétés : à savoir l'aptitude d'une société à jouir des droits attachés aux nationaux français, l'Etat habilité à exercer la protection diplomatique et la loi applicable à la société en vue de déterminer le statut juridique de la société⁹⁴. C'est justement la diversité de ces besoins qui a posé tant de problèmes à la doctrine et à la jurisprudence pour dégager des critères de rattachement. Ces difficultés ont été accrues par le refus ou plutôt l'abstention du législateur de définir la notion de nationalité des sociétés et de définir des critères de rattachement d'une société à un Etat. Le législateur français s'est contenté d'intervenir de façon ponctuelle dans certains secteurs économiques sensibles pour refuser le droit d'exercice aux sociétés étrangères et en temps de guerre en instaurant le critère du contrôle.

Nous verrons tout d'abord que le législateur français fait explicitement référence à l'expression nationalité des sociétés mais sans la définir expressément (§ 1), puis nous nous attarderons sur les critères retenus par la jurisprudence (§ 2).

⁹³ M. Menjucq, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, thèse préc., n° 47 et s., p. 33.

⁹⁴ *Mémento pratique F. Lefebvre, Sociétés commerciales 2012*, éd. F. Lefebvre, Paris, 2011, n° 1550.

§ 1. La nationalité des sociétés reconnue par le législateur français.

34. En principe, la nationalité d'une société commerciale se détermine par la localisation de son siège social statutaire. C'est ce qui ressort des articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce. Il s'agit là d'une présomption simple en faveur du siège statutaire, la jurisprudence recourant au siège réel seulement en cas de fraude à la loi ou de siège fictif. Toutefois, aucun texte législatif ne donne une définition claire et précise de la nationalité des sociétés (A). C'est donc la jurisprudence qui a dû déterminer les critères d'attribution de la nationalité française à une société (B).

A. L'absence de définition légale de la nationalité des sociétés.

35. Le législateur français a appliqué à de nombreuses reprises la nationalité aux sociétés⁹⁵. En effet, l'emploi du terme nationalité s'explique par le fait que le rattachement des sociétés par l'intermédiaire d'un seul critère, le siège social par exemple, va produire certains effets de la nationalité proprement dite⁹⁶. Le Code de commerce reconnaît que les sociétés ont une nationalité⁹⁷ alors que, dans une formule plus prudente, l'article 1837 du Code civil dispose que « *la société dont le siège social est situé en territoire français est soumise à la loi française* ». On retrouve la même solution énoncée dans des termes presque identiques à l'article L. 210-3, alinéa 1^{er} du Code de commerce⁹⁸, disposition spécifique aux sociétés commerciales. Cet article détermine la loi applicable et non la nationalité *stricto sensu*. De la même façon, plusieurs traités internationaux se réfèrent à la nationalité des sociétés mais sans

⁹⁵ V. en particulier : L. du 24 juillet 1867, art. 31, rédaction 29 fév. 1953 ; L. 7 mars 1925, art. 31 ; L. 24 juillet 1966, art. 3, 31, 60 et 154 ; C. com. art. L. 228-9, L. 223-30, L. 225-97 ; C. civ. art. 1837. Cf. Y. Loussouarn, « Analyse des dispositions de la loi du 24 juillet 1966 relatives au droit international du commerce », *RTD com.* 1967, p. 327.

⁹⁶ N. Castel et G. de la Pradelle, « Les entreprises », chapitre 6, in *Droit de l'économie internationale*, (sous la direction de P. Daillier, G. de la Pradelle et H. Gherari), éd. Pedone, Paris, 2005, pp. 67 à 76.

⁹⁷ C. com. : art. L. 228-9, L. 223-30, L. 225-97.

⁹⁸ Art. L. 210-3 Code de commerce : « *Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française. Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu* ».

la définir expressément⁹⁹. Le législateur français utilise aussi l'expression de « *changement de nationalité* » dans les articles L. 222-9, L. 223-30 et L. 225-97 du Code de commerce pour définir les conditions de la modification de la *lex societatis* résultant d'un transfert de siège à l'étranger. D'après MM. Battifol et Lagarde, pour le législateur « *une société de droit français est française aux autres points de vue (...) tant qu'un texte n'oblige pas au contraire* »¹⁰⁰.

C'est la pratique plus que la terminologie législative ou réglementaire qui a consacré la nationalité des sociétés. Celle-ci a été ensuite entérinée par la jurisprudence des juridictions internationales qui admet qu'un Etat peut protéger sur le plan diplomatique les sociétés nationales¹⁰¹. S'il est possible de déterminer l'existence d'un lien entre une personne morale et un Etat pourquoi ne pas utiliser, pour des raisons de simplicité et de commodité, le même terme¹⁰² ? C'est ce qu'a fait le législateur dans la loi du 24 juillet 1966 dont les dispositions ont été codifiées dans le Code de commerce. Lorsqu'une disposition législative ou réglementaire distingue entre un national et un étranger et qu'elle ne fixe pas le critère de détermination de la nationalité des sociétés auxquelles elle est susceptible de s'appliquer, il revient tout naturellement aux tribunaux de combler cette lacune¹⁰³.

⁹⁹ Traité de Rome, art. 48 ; Convention d'établissement conclue entre la France et les Etats-Unis d'Amérique, 25 nov. 1959 ; Conventions conclues avec les Etats nouvellement indépendants : *Rev. crit. DIP* 1960, p. 230, *Rev. crit. DIP* 1961, p. 216, *Rev. crit. DIP* 1964, p. 555.

¹⁰⁰ Battifol et Lagarde, *op. cit.*

¹⁰¹ CIJ, 5 février 1970, « *Barcelona Traction* », *Rec.* 1970, p. 3. Dans cet arrêt, la CIJ a rappelé que « *la règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à la loi de l'Etat sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège* ». Elle a en conséquence repoussé le critère du contrôle et refusé à l'Etat national des actionnaires qualité pour exercer la protection diplomatique de la société. En revanche, dans son arrêt « *Elettronica Secula* » du 20 juillet 1989 (*Rec. CIJ* 1989, p. 15), la CIJ a admis la recevabilité de la protection diplomatique exercée par l'Etat national des actionnaires, dans un cas où l'Etat défendeur était l'Etat national des actionnaires.

¹⁰² P. Courbe, *Droit international privé*, 2^{ème} éd., Armand Colin, éd. Dalloz, Paris, 2003, 388 p., v. spéc. n° 774, p. 369.

¹⁰³ H. Synvet, *Rép. Internat. Dalloz*, « Société », août 2004, n° 190. Comme le souligne M. Synvet, « *la jurisprudence n'a pas toujours été linéaire, le critère du contrôle concurrençant plus vivement celui du siège social pendant les périodes de guerre* ».

B. La nationalité dans les textes.

36. Les articles L. 222-9¹⁰⁴, L. 223-30¹⁰⁵ et L. 225-97¹⁰⁶ du Code de commerce font référence au « *changement de nationalité* » de la société pour définir les conditions de la modification de la *lex societatis* résultant d'un transfert de siège à l'étranger. La doctrine et la jurisprudence ont toujours considéré que, par analogie avec les personnes physiques, le statut juridique des sociétés est régi par la loi nationale¹⁰⁷. Toutefois, cette conception inexacte doit être remise en cause au profit de la localisation du siège social comme critère de détermination de la *lex societatis*. Ces dispositions du Code de commerce concernent le cas particulier du changement volontaire de nationalité qui est généralement soumis à des conditions restrictives.

L'article L. 210-3 alinéa 1^{er} du Code de commerce dispose que « *les sociétés dont le siège est en territoire français sont soumises à la loi française* ». Une société dont le siège social n'est pas situé en France n'a pas la nationalité française, celle-ci dépend du droit de l'Etat dans lequel son siège social est situé. Mais ce texte soulève en pratique certaines difficultés. En effet, le siège social doit être réel. L'alinéa 2 de l'article L. 210-3 du Code de commerce dispose que « *les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu* ». La jurisprudence interprète ce texte de façon restrictive, le siège statutaire ne peut être écarté que si aucun motif

¹⁰⁴ Art. L. 222-9 C. com. : « *Les associés ne peuvent, si ce n'est à l'unanimité, changer la nationalité de la société. Toutes autres modifications des statuts peuvent être décidées avec le consentement de tous les commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires. Les clauses édictant des conditions plus strictes de majorité sont réputées non écrites* ».

¹⁰⁵ L'article L. 223-30 du Code de commerce fait aussi référence au changement de nationalité de la société. Ces articles fixent des conditions de majorité pour valider le changement de nationalité d'une société, mais il faut garder à l'esprit que le transfert de siège social à l'étranger est très difficile et ce même dans l'espace européen avec une distinction récurrente entre siège réel et statutaire.

¹⁰⁶ L'article L. 225-97 du Code de commerce consacre le lien entre nationalité et siège social. Cet article dispose que « *l'assemblée générale extraordinaire peut changer la nationalité de la société, à condition que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa personnalité juridique* ».

¹⁰⁷ D'après la doctrine et la jurisprudence, l'article 3 al. 3 du Code civil a une rédaction bilatérale qui ne prévoit que la compétence de la loi française. Art. 3, al. 3 C. civ. : « *Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers* ». Il s'agit d'une application explicite du critère du siège social.

légitime ne peut justifier le choix des fondateurs¹⁰⁸. Par ailleurs, une deuxième série de difficultés est apparue avec l'application du texte et tient au fait de la coexistence du système du siège social et de l'incorporation. En pratique, les deux notions peuvent présenter certaines similitudes dans la mesure où le siège statutaire peut s'apparenter au lieu d'immatriculation de la société dans le système de l'incorporation¹⁰⁹.

§ 2. Les critères utilisés par la jurisprudence.

37. Le critère du siège social pour déterminer la nationalité d'une société a très tôt emporté les suffrages de la jurisprudence. En règle générale, cette localisation du siège social coïncide avec le lieu d'immatriculation. La référence au siège social est solidement établie en ce qui concerne la question des conflits de lois (A), ainsi que celle de la jouissance des droits où le critère du siège social est en concurrence avec celui du contrôle (B).

A/ La détermination de la nationalité par la localisation du siège social.

38. Cette longue tradition de la jurisprudence française a été consacrée par l'article 3 de la loi du 24 juillet 1966 qui dispose que « *les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française* ». Pour Batiffol, il n'y a qu'un seul critère pour déterminer la nationalité d'une société, mais aussi pour tout ce qui a trait à la jouissance des droits et à la protection diplomatique¹¹⁰. En matière de détermination de la nationalité des sociétés, le doute n'est pas de mise dans la mesure où une longue tradition jurisprudentielle se

¹⁰⁸ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 461.

¹⁰⁹ *Ibid.* Le critère du siège social a été retenu dans les traités internationaux conclus par la France avec certains Etats d'Afrique. Il en a été de même dans les traités conclus avec l'Allemagne (article 6 du traité du 27 octobre 1956), avec la Suède (article 4, traité du 15 février 1954), avec Saint-Marin (article 4, traité du 15 janvier 1954), Madagascar, le Mali, le Tchad, le Sénégal, le Gabon, la République Centrafricaine, le Togo et le Congo.

¹¹⁰ Batiffol, « Le changement de nationalité des sociétés », commentaire, *Travaux du Comité Français de DIP*, séance du 13 mars 1967, 1966-1971, p. 65, v. spéc. p. 67, n° 27-32. Il constate que la Cour de cassation suit aussi ce raisonnement : « (...) la Cour de cassation n'a pas décidé autrement à ce jour, à défaut d'un texte en sens contraire pour une matière particulière, sauf peut-être en matière de séquestre des biens ennemis où le temps de guerre explique bien des choses ».

réfère au siège social même si celui-ci a pu prendre diverses formes selon l'interprétation des juges, tantôt il s'agissait du centre d'exploitation, tantôt du centre de décision mais avec toujours cette référence au siège social. Le fait que le gouvernement impose épisodiquement le critère du contrôle ne remet nullement en cause le critère du siège social comme critère de principe puisque le contrôle n'a qu'une seule vocation, à savoir la jouissance des droits. En dehors d'un arrêt du tribunal des conflits, la Cour de cassation et les juridictions des premier et deuxième degré ont toujours appliqué le critère du siège social. Dans son arrêt très critiquable « *Mayol Arbona* »¹¹¹, le tribunal des conflits a rejeté l'idée d'un critère unique applicable à la détermination de la nationalité des sociétés.

39. Aujourd'hui, deux tendances s'affrontent en jurisprudence et en doctrine¹¹². Selon la première tendance, la question de la nationalité d'une société doit être appréciée au regard d'un critère unique, quelque soit l'intérêt qui s'attache à la réponse donnée. Le critère à retenir est celui du siège social ne serait-ce que pour garantir une coïncidence entre la nationalité de la société et la loi qui régit son fonctionnement. D'après la seconde tendance, le critère doit varier pour s'adapter à l'intérêt en jeu. Par conséquent, « *une société pourrait ainsi être déclarée française pour sa soumission à un impôt, et étrangère pour la jouissance du droit au renouvellement de son bail commercial* »¹¹³. C'est cette seconde solution que le tribunal des conflits défend au risque d'éclater la notion de nationalité des sociétés. Quant à la Cour de cassation, elle a posé comme principe dans un arrêt du 30 mars 1971¹¹⁴ que « *la nationalité d'une société se détermine par la situation de son siège social* ».

Nous verrons tout d'abord le principe retenu par la Cour de cassation, puis nous étudierons l'arrêt « *Mayol Arbona* » du tribunal des conflits qui marque « *l'atomisation* »¹¹⁵ de la nationalité des sociétés. Ensuite, nous verrons comment la Cour de cassation a mis fin à la

¹¹¹ Tribunal des conflits, 23 novembre 1959, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 180, note Loussouarn ; *JDI* 1961, p. 442, note B.G.V. ; dans le même sens : CA Paris 17 mai 1967, *JDI* 1976, p. 874, note Loussouarn ; *JCP* 1968.II.15427, note Oppetit.

¹¹² P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 1046, p. 765.

¹¹³ *Ibid.*, n° 1046, p. 765.

¹¹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 1971, *Rev. crit. DIP* 1971, p.451, note Lagarde ; *JCP* 1972.II.17140 et 17101, note Oppetit ; *JDI* 1972, p. 834, note Poussoir ; *Grands arrêts, op. cit.*, n° 50.

¹¹⁵ T. confl., 23 nov. 1959, *D.* 1960, p. 224, note R. Savatier ; *Rev. crit. DIP* 1960, p. 180, note Y. Loussouarn.

méthode « *impressionniste* »¹¹⁶ d'une partie de la jurisprudence en réaffirmant avec force son attachement au critère du siège social pour déterminer la loi applicable à la société.

1. L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 30 mars 1971 : l'affaire « CCRMA ».

a) L'analyse de l'arrêt.

40. Cet arrêt de la Cour de cassation utilise l'expression la plus claire s'agissant de la soumission du conflit de lois au critère du siège social. La jurisprudence a toujours été unanime sur ce point¹¹⁷ et n'a jamais varié¹¹⁸. Dans cet arrêt, elle énonce qu'en « *principe, la nationalité d'une société se détermine par la situation de son siège social (...)* »¹¹⁹. Cette règle permet de soumettre au même critère la solution des conflits de lois et la détermination de la nationalité des sociétés. La jurisprudence est depuis cet arrêt constante et unanime¹²⁰. À cette époque, le débat sur la nationalité des sociétés a été relancé suite à l'adoption de la loi du 24 juillet 1966 faisant référence à la nationalité des sociétés mais aussi à cause de l'accession

¹¹⁶ Expression utilisée par B. Oppetit, *JDI* 1973, p. 218. La méthode impressionniste consiste à déterminer la nationalité d'une société à l'aide de plusieurs critères qui peuvent varier selon les cas de figure, par ailleurs cette méthode ne recourt pas à des critères généraux. C'est une manière pragmatique de déterminer la nationalité d'une société en s'appuyant sur plusieurs critères. Ainsi, la Cour de cassation considère qu'est fondée à se prévaloir du bénéfice du décret du 30 septembre 1953 sur les baux commerciaux la société qui possède en France son siège social, mais aussi ses établissements principaux, sa direction et son exploitation et qui est soumise aux lois françaises, même si elle est contrôlée par une société étrangère dont elle est la filiale (Cass. 3^{ème} civ., 8 févr. 1972, *JDI* 1973, p. 218, note Oppetit). De même a été considérée comme suisse, pour l'application de la Convention franco-suisse du 15 juin 1869, une société dirigée par des personnalités suisses en même temps que par des personnalités américaines, constituées conformément à la loi suisse et inscrite sur le registre du commerce du canton de Genève et ayant son siège social statutaire en Suisse et effectif à Genève (Cass. 1^{ère} civ., 18 avril 1972, *Rev. crit. DIP* 1972, p. 672, note Lagarde ; *JDI* 1973, p. 218, note Oppetit). La Cour de cassation rejette ici le critère du contrôle mais ne se prononce pas explicitement pour le siège social, il s'agirait donc d'un élément nécessaire mais non suffisant de la nationalité.

¹¹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 1958, *Rev. crit. DIP* 1958, p. 704, note Francescakis ; *RTD com.* 1959, p. 255, obs. Loussouarn ; CA Paris, 2 nov. 1962, *JCP G* 1963, II, 13014, note B.P. ; CA Paris, 26 mars 1966, *JDI* 1966, p. 841, note Goldman ; *Rev. crit. DIP* 1968, p. 58, note Loussouarn.

¹¹⁸ Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, thèse Rennes 1949, n° 59 et s., p. 123 et s.

¹¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 1971, *Bull. civ.* 1971, 1, n° 111 ; *Rev. crit. DIP* 1971, p. 451, note Lagarde ; *JCP G* 1972, II, 17101, note Oppetit ; *JDI* 1972, p. 834, note Loussouarn.

¹²⁰ Cass. ass. plén., 21 déc. 1990, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 70, obs. Duranton ; *D.* 1991, p. 305, concl. Dontenwille ; *Rev. soc.* 1991, p. 746, R. Libchaber.

des anciennes colonies françaises à l'indépendance. Les sociétés dirigées par des citoyens français devaient-elles rester françaises ou bien revêtir la nationalité de l'Etat fraîchement indépendant¹²¹ ? Batiffol conteste justement le recours au critère du contrôle pour déterminer la loi applicable à la société¹²².

41. La localisation du siège social est un élément tangible pour la détermination de la loi applicable à la société, c'est le lieu où se situe le siège social tel qu'il résulte des statuts mais l'alinéa 2 de l'article 3 de la loi du 24 juillet 1966 permet aux tiers d'invoquer le siège réel en cas de fraude des fondateurs de la société. Le siège social, dans cette matière, est plus adéquat et plus efficace que le recours au contrôle. En outre, le siège social coïncide, dans la plupart des cas, avec le domicile de la société. La doctrine majoritaire est unanime sur l'utilisation combinée qui est faite par la jurisprudence des deux critères du siège social et du contrôle. Toutefois, chacun de ces critères a une fin qui lui est propre : le siège social détermine la nationalité de la société alors que le contrôle s'applique négativement pour refuser à une société étrangère le bénéfice de certains droits en France. Le recours systématique au siège social est décrié dans certaines situations par certains auteurs qui y voient justement une approche partiellement inexacte de la véritable identité de la société. Des désaccords ont existé et existent toujours sur la place respective de chacun des critères¹²³.

42. Le Doyen Louis-Lucas a proposé une autre solution qui repose sur la distinction entre l'existence de fait du groupement social pour laquelle on fait usage du critère du contrôle et celle de sa reconnaissance en droit qui se fait par l'utilisation du siège social. D'après cet auteur, une fois ces questions résolues, les problèmes de jouissance des droits et de conflits de lois le seront aussi¹²⁴. Enfin, une autre solution a été proposée par MM. Hamel et Lagarde¹²⁵,

¹²¹ Batiffol, « Le changement de nationalité des sociétés », *loc. cit.*, p. 65. L'hypothèse sur laquelle a eu à se prononcer la Cour de cassation est celle du changement de nationalité d'une société à la suite de l'accession de l'Algérie à l'indépendance.

¹²² *Ibid.*, p. 68. Batiffol remarque, à juste titre, que le contrôle est difficilement appréhendable par le juge : « *il suffirait alors qu'un paquet d'actions passe d'un actionnaire à un autre pour que, la nationalité, dit-on, changeant, la loi applicable ne soit plus la même. C'est impraticable. Le changement du siège social se voit, il se constate. Un changement de contrôle peut rester longtemps occulte ou ne pas durer* ».

¹²³ J. Béguin, « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », in *Mélanges P. Catala*, Litec, Paris, 2001, p. 874. L'auteur plaide pour une utilisation extensive de la notion de contrôle économique pour déterminer le rattachement des sociétés commerciales. Dans le même sens, D. Pohé, *La nationalité des sociétés dans les pays en voie de développement*, thèse Bordeaux, 1989. Cet auteur est favorable à un double critère juridique et économique pour déterminer la nationalité des sociétés.

¹²⁴ P. Louis-Lucas, « Remarques relatives à la détermination de la nationalité des sociétés », *JCP* 1953. I. 1104.

qui consisterait à utiliser le siège social comme critère de détermination de la loi régissant le statut personnel de la société. Ce critère serait aussi utile pour définir les obligations de la société au regard de la législation française. De façon générale, la doctrine considère que le siège social doit être la règle et le contrôle l'exception¹²⁶. En définitive, le siège social est le critère le plus adéquat pour déterminer la loi applicable à la société en matière de conflits de lois mais aussi dans le domaine de la jouissance des droits, hormis l'hypothèse de certaines matières réservées par le législateur aux nationaux français par le critère du contrôle. D'une manière générale et en l'absence de texte contraire, il paraît préférable de traiter comme sociétés françaises celles qui sont constituées selon le droit français, c'est-à-dire qui ont leur siège social en France, et étrangères celles dont le siège est à l'étranger¹²⁷. Batiffol et Lagarde constatent que « *la pratique législative confirme cette vue en spécifiant dans des textes particuliers que tel avantage ne pourra être réclamé par les sociétés que si elles sont sous contrôle français, et en précisant à quels critères on reconnaîtra ce contrôle, ce qui réduit l'incertitude de la notion (...)* »¹²⁸.

43. Le transfert du siège social à l'étranger ou de l'étranger vers la France n'a-t-il pas pour conséquence le changement de loi applicable à la constitution et au fonctionnement de la société¹²⁹ ? Niboyet contestait qu'une société puisse changer de statut juridique, elle ne pourrait pas changer de son propre chef la loi applicable à son régime juridique. Selon cette théorie, la société est une création de la loi, elle ne peut pas survivre à l'application de cette loi. La seule opération possible pour Niboyet est la dissolution de la société et la reconstitution d'une nouvelle société soumise à une loi différente. Cependant, certains auteurs¹³⁰, rejettent cette thèse qu'ils jugent, à juste titre, trop rigide et contraire aux intérêts du commerce international. La société repose avant tout sur contrat, les associés fondateurs de

¹²⁵ Hamel et Lagarde, *Traité de droit commercial*, t. 1, Dalloz, Paris, 1954, n° 420, p. 506.

¹²⁶ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 1046 et s. ; B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, *op. cit.* ; note Freyria, *JCP G* 1954, II, 7898.

¹²⁷ Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, n° 197, p. 343-344.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Batiffol, « Le changement de nationalité des sociétés », art. précité, p. 68.

¹³⁰ *Ibid.* D'après Batiffol, « *les inconvénients pratiques et commerciaux et fiscaux d'une telle conception la rendent suspecte. De fait, une société privée n'est pas une création de la loi, elle est créée par des personnes privées* ».

la société peuvent très bien décider de transférer le siège social de leur société si la loi nationale applicable le permet. La société est créée par les particuliers conformément à la loi, ce n'est pas l'Etat qui crée la société. La Cour de cassation rejette la théorie de la fiction s'agissant des personnes morales et consacre implicitement celle de la réalité. Par conséquent, la société peut-elle valablement revenir dans le giron de la loi française ou doit-elle être placée sous le contrôle de la loi algérienne ? Pour Batiffol, la tentation est grande de faire intervenir le critère du contrôle étant donné que ces sociétés sont le plus souvent contrôlées à 100 % par des français, mais cette solution fondée sur le contrôle doit être rejetée¹³¹. Selon lui, retenir le critère du contrôle pour déterminer la loi applicable à la société n'est pas envisageable. Batiffol a critiqué cette solution en se fondant sur le critère de principe du siège social. Si l'on affirme que la société est soumise à la loi de son siège social et que cette loi vienne à changer par le biais d'une mutation de souveraineté territoriale, alors il est tout à fait logique que la société soit soumise à cette nouvelle loi. De même, lorsque la loi d'un pays change, la loi nouvelle s'applique aux sociétés antérieurement constituées dans la mesure où le législateur en décide ainsi. Contre toute attente, la Cour de cassation applique ici le critère du contrôle. Cependant, les juges français, par application du principe de rattachement par la localisation du siège social, auraient dû reconnaître que la société CCRMA était devenue une société algérienne du fait de l'accession de l'Algérie à l'indépendance. Batiffol fait même appel à un certain sens du droit, et considère qu'il revenait aux juges français de donner à ce litige une solution moins critiquable en droit, même si, d'un point de vue éthique, celle-ci peut apparaître comme juste¹³².

¹³¹ *Ibid.*, p. 71.

¹³² Batiffol, art. précité, pp. 73-74. « (...) il y a des considérations pragmatiques et d'intérêt général qui militent aussi en ce sens. Est-il vraiment facile de dire aux Etats nouveaux que nous refusons d'appliquer aux sociétés françaises de siège sénégalais ou malgache la règle que nous appliquons de manière générale à toutes les sociétés et qu'eux-mêmes appliquent également aux leurs parce qu'ils l'ont héritée de nous ? Je crois que vraiment, sur le plan international, il y a là une discrimination qui n'est pas facile à proposer ».

Le droit international privé français se plie de plus en plus à des considérations politiques et à des raisons humaines¹³³. Le droit international privé français deviendrait une technique permettant à la jurisprudence de se substituer au législateur pour assurer la défense des intérêts français. Ces sociétés, sous contrôle français, pouvaient-elles faire l'objet d'un traitement particulier qui tiendrait au fait qu'elles aient été soumises auparavant à la loi française¹³⁴ ? La Cour de cassation répond par l'affirmative en posant le principe du siège social comme élément de détermination de la nationalité mais qui serait assorti d'exceptions.

b) Le correctif apporté à l'arrêt « *Mayol Arbona* » du Tribunal des conflits et à « l'atomisation » de la notion de nationalité des sociétés.

44. Lorsque les tribunaux ont dû se prononcer sur la nationalité des sociétés, ils l'ont fait avec beaucoup de prudence. Malgré l'impératif de rattacher juridiquement une société à un Etat, la jurisprudence nous a enseigné que la notion même de nationalité des sociétés n'était pas une et indivisible¹³⁵. La jurisprudence a ainsi décidé dans l'arrêt « *Mayol Arbona* » du 23 novembre 1959¹³⁶ qu'une société pouvait se voir attribuer une nationalité différente selon les circonstances et les textes en vigueur. Une société peut être française parce que la loi définissant le statut juridique auquel elle est soumise est la loi française et être néanmoins étrangère au regard d'une autre loi française qui lui refuse la jouissance de certains droits spécialement réservés aux citoyens français et aux ressortissants des Etats Membres de l'Union européenne. Cet arrêt a fait éclater la notion de nationalité des sociétés et lui a donné un caractère extrêmement relatif. La doctrine fut tout naturellement très critique à l'égard de

¹³³ Avis de M. Bredin suite à la communication de M. Batiffol, art. précité, p. 88.

¹³⁴ Batiffol, art. précité, p. 74.

¹³⁵ *Mémento pratique F. Lefebvre, Sociétés commerciales 2012, op. cit.*, n° 1550.

¹³⁶ T. des conflits, 23 nov. 1959, D. 1960, p. 223, note R. Savatier. Dans son considérant de principe, le Tribunal des conflits s'exprime en ces termes : « *La nationalité des sociétés qui n'est définie par aucun texte général dont l'application ressortirait à la compétence de l'autorité judiciaire ne peut être déterminée qu'au regard des dispositions législatives ou réglementaires dont l'application ou la non-application à la société intéressée dépend du point de savoir si celle-ci est ou n'est pas française. En conséquence, la question de la nationalité d'une société doit être tranchée par la juridiction qui a compétence pour connaître de l'action à l'occasion de laquelle elle est soulevée et ne saurait, lorsqu'elle se pose devant une juridiction administrative, constituer une question préjudicielle, imposant à ladite juridiction l'obligation de surseoir à statuer* ».

cet arrêt dans lequel elle voyait « l'atomisation »¹³⁷ de la nationalité des sociétés. Cependant, certains auteurs approuvent cette jurisprudence du tribunal des conflits¹³⁸. Cet arrêt du Tribunal des conflits s'appuie sur une tendance qui souhaite donner à la notion de nationalité des sociétés une approche relativiste, au cas par cas. Contrairement à la position défendue par la doctrine dominante et par la jurisprudence de la Cour de cassation qui défend le recours à un critère unique et stable pour déterminer la loi applicable à une société, le Tribunal des conflits estime que le critère doit pouvoir varier pour s'adapter aux intérêts en jeu. La règle serait donc une appréciation *in concreto*. À la lecture de cet arrêt, aucun critère ne prendrait le pas sur l'autre. Pire encore, il semblerait que le Tribunal des conflits n'est fait allusion à aucun critère précis, il faudrait donc se référer à un faisceau d'indices qui guideraient le juge et l'aideraient à déterminer la nationalité de la société. Or, les investigations opérées par les juges, comme dans l'hypothèse du recours au critère du contrôle, sont très difficiles, aléatoires et forcément subjectives. Toute une série d'éléments sont susceptibles d'être applicables, ne serait-ce que s'agissant du contrôle qui peut revêtir plusieurs aspects : le contrôle des associés, le contrôle des dirigeants, l'origine des capitaux et la détermination de l'Etat qui retire les avantages économiques et financiers de l'activité sociale¹³⁹. Lequel doit-on retenir ? Est-il possible de rester objectif en utilisant le critère du contrôle ? À l'évidence, il semble difficile de mettre en œuvre le critère du contrôle de façon systématique.

45. Cette jurisprudence du Tribunal des conflits et de la Cour d'appel de Paris a suscité un vrai « *malaise* »¹⁴⁰ au sein de la doctrine. Cette juridiction a nié l'existence et même l'opportunité de toute systématisation en matière de nationalité des sociétés. Les partisans de l'atomisation de la nationalité des sociétés reprochent à leurs adversaires d'être des « *faiseurs de systèmes* »¹⁴¹ et de sacrifier la nécessaire diversité des solutions à la séduction d'une

¹³⁷ Arrêt préc., *D.* 1960, p. 224, note R. Savatier ; *Rev. crit. DIP* 1960, p. 180, note Y. Loussouarn.

¹³⁸ L'atomisation de la notion de nationalité des sociétés a été approuvée par J. Béguin, « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », in *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 874.

¹³⁹ Y. Loussouarn et M. Trochu, *op. cit.*, n° 198.

¹⁴⁰ Y. Loussouarn, « Nationalité des sociétés », in *Travaux Comité Français de DIP*, table ronde du 18 janv. 1969, n° 27-32, 1966-1971, pp. 209-210. La Cour d'appel de Paris a confirmé en appel un jugement rendu par le Tribunal de la Seine le 23 juin 1965.

¹⁴¹ *Ibid.*

construction homogène, mais détachée de la réalité factuelle et/ou juridique de la société. D'un autre côté, les défenseurs d'un principe général et unitaire, au besoin assorti d'exceptions, rétorquent qu'une construction cohérente est le seul moyen de sauvegarder la nécessaire prévisibilité des solutions en vue de garantir la sécurité juridique et une meilleure approche de la notion de nationalité des sociétés.

46. À notre avis, il est préférable de déterminer la loi applicable au regard d'un critère unique, en revanche les questions relatives à la nationalité des sociétés sont diverses et susceptibles de donner lieu à des réponses différentes d'où le recours possible à des critères complémentaires si les faits de l'espèce l'exigent. En effet, *« le recours au concept de nationalité n'aurait guère d'utilité si l'on ne s'attachait à dégager un critère de principe permettant de relier une personne morale à un Etat, sauf à réserver la possibilité de délaissier ce critère en faveur d'un autre dans un cas ou pour un type de questions données »*¹⁴². L'enjeu de la nationalité des sociétés est de déterminer le rattachement d'une société à un Etat pour ensuite répondre au problème de droit posé. *« Que l'on parle de nationalité ou que l'on parle d'autre chose, un fait est certain : c'est qu'il faut accrocher une société à un Etat. (...) Il faut jeter une bouée pour attacher la société à cette bouée »*¹⁴³. L'atomisation de la notion de nationalité des sociétés a surtout concerné le problème de la jouissance des droits. En matière de conflits de lois, il semblerait que le critère applicable ait toujours été celui du siège social¹⁴⁴. Toutefois, cette décision du Tribunal des conflits a suscité quelques réflexions de la part des juridictions qui, malgré le recours au siège social, ont fait référence à d'autres critères complémentaires pour déterminer la nationalité d'une société. Cette jurisprudence est qualifiée d'*« impressionniste »*¹⁴⁵ par la doctrine mais la Cour de cassation réaffirma à nouveau que le siège social est le critère de principe pour la détermination de la nationalité des sociétés.

¹⁴² B. Audit, *op. cit.*, n° 1106, p. 867.

¹⁴³ Formule de M. Lepaulle citée par Y. Loussouarn suite à la communication de P. Chardenon, art. précité, p. 316.

¹⁴⁴ Batiffol, « Le changement de nationalité des sociétés », art. précité, p. 67.

¹⁴⁵ Expression utilisée par B. Oppetit, *JDI* 1973, p. 218. La méthode impressionniste consiste à déterminer la nationalité d'une société à l'aide de plusieurs critères qui peuvent varier selon les cas de figure, par ailleurs cette méthode ne recourt pas à des critères généraux. C'est une manière pragmatique de déterminer la nationalité d'une société en s'appuyant sur plusieurs critères.

2. La détermination de la nationalité des sociétés par la référence au siège social statutaire dans l'arrêt du 21 décembre 1990 : la fin de la méthode « impressionniste » ?

47. Les arrêts postérieurs à l'arrêt « *Mayol Arbona* » ne tranchent pas clairement en faveur d'un critère unique de détermination de la nationalité des sociétés¹⁴⁶. Il faut attendre cet arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation pour redonner une certaine cohérence à la nationalité des sociétés. Cependant, il convient de souligner que ces arrêts sont intervenus à propos des groupes de sociétés. Dans deux espèces similaires¹⁴⁷, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur le bénéfice du régime du bail commercial du décret du 30 septembre 1953 par des sociétés filiales d'un groupe international, la première et la troisième chambres civiles de la Cour de cassation rejettent le critère du contrôle mais ne se prononcent pas expressément pour celui du siège social qu'elles considèrent insuffisant à lui seul pour déterminer la nationalité d'une société. Cette référence de la part de la Cour de cassation à une multitude de critères a divisé la doctrine, certains y ont vu l'adoption d'une méthode impressionniste, tandis que d'autres adhéraient à cette méthode et considéraient que la Cour de cassation ne faisait que faire référence à des instruments permettant de vérifier la réalité du siège social¹⁴⁸. Le Conseil d'Etat reprend la formule du Tribunal des conflits, mais en se fondant sur le critère du siège social pour octroyer ou refuser le bénéfice d'un traité sans tenir compte de la nationalité des personnes contrôlant la société¹⁴⁹. Dans son arrêt du 21 décembre 1990, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a décidé, au sujet de l'application d'une convention franco-suisse, que la nationalité d'une société « *résulte en principe de la localisation de son siège réel, défini comme le siège de la direction effective et présumé par le siège statutaire* »¹⁵⁰.

¹⁴⁶ M. Menjucq, *op. cit.*, n° 18.

¹⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 18 avril 1972, « *Overseas Apeco* », Cass. civ. 3^{ème}, 8 févr. 1972 « *Shell Berr* », *RTD com.* 1973, p. 672, obs. Loussouarn ; *JDI* 1973, p. 218, note B. Oppetit ; *Rev. crit. DIP* 1973, p. 299, note P. Lagarde ; Cass. civ. 3^{ème}, 10 mars 1976, « *Shell française* », *Rev. crit. DIP* 1976, p. 658 ; *Rev. soc.* 1977, p. 305, note Bismuth.

¹⁴⁸ Y. Loussouarn, *RTD com.* 1973, p. 672.

¹⁴⁹ CE, 16 octobre 1992, *JCP* 1992. IV. 3017, à propos d'une filiale à 95 % d'une société belge reconnue comme une personne morale française pour le bénéfice d'un traité franco-guinéen en raison de l'existence de son siège social en France.

¹⁵⁰ Cass. ass. plén., 21 déc. 1990, *Rev. crit. DIP* 1990, p.70, note Duranton ; *JCP* 1991. II. 21640, concl. Dantenwille.

a) Une présomption simple en faveur du siège statutaire.

48. Cet arrêt de la Cour de cassation consacrant le critère du siège social en tant que principe de détermination de la loi applicable à la société démontre bien les difficultés d'appréhender la nationalité des sociétés au travers d'un critère unique. Toutefois, il est désormais acquis que le critère de principe est celui du siège social pour tout ce qui a trait aux problèmes résultant des conflits de lois. Le droit français adopte une position intermédiaire même si la notion de siège social s'applique de manière distincte selon qu'il s'agit de reconnaître la personnalité juridique d'une société, de déterminer sa nationalité, ou encore la loi qui lui est applicable¹⁵¹. Le siège social comporte deux aspects : d'une part, il y a le siège statutaire qui correspond au lieu indiqué dans les statuts, corroboré par l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés du tribunal de commerce dans le ressort duquel se situe le lieu ainsi mentionné ; d'autre part, le siège réel qui correspond au lieu où la société est dirigée. La Cour de cassation a affirmé qu'il existe une présomption simple en faveur du siège statutaire, cela veut dire que chaque fois qu'il y a dissociation des sièges réel et statutaire, même non révélatrice d'une fraude, c'est le siège réel qui l'emporte si les tiers le demandent. Cette solution aisément compréhensible vise à protéger les tiers qui peuvent être floués par une localisation frauduleuse ou fictive du siège social. Par conséquent, en droit français, la notion de siège social n'apparaît pas unitaire¹⁵² : elle est soit identifiée au lieu du siège statutaire, soit au lieu du siège réel. Toutefois, cette affirmation doit être nuancée. En dehors de l'hypothèse de la nationalité des sociétés, le siège réel n'intervient qu'à titre d'exception, essentiellement en tant que manifestation d'une fraude ou dans l'intérêt des tiers à la société. De plus, lorsqu'il est distinct du siège statutaire, le siège réel peut être le révélateur d'un contrôle extérieur.

49. La notion de siège social diffère selon que l'on considère la société comme un contrat ou une institution : dans le premier cas de figure, le siège social est celui choisi par les fondateurs de la société ; dans le second cas, il appartient au juge de fixer objectivement et

¹⁵¹ M. Menjucq, « La notion de siège social : une unité introuvable en droit international et en droit communautaire », in *Droit et actualités, études offertes à J. Béguin*, 2005, Litec, Paris, p. 499 et s.

¹⁵² *Ibid.*

impérativement un siège¹⁵³. Transposant l'article 102 du Code civil relatif aux personnes physiques, la jurisprudence semble pencher vers un critère institutionnel : le siège statutaire d'une société est réel s'il constitue effectivement son « *principal établissement* ». Cette solution a été confirmée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans l'arrêt du 21 décembre 1990. En droit international privé français, le choix de la loi applicable n'est pas « *illimité* »¹⁵⁴ et doit correspondre à des attaches réelles avec un territoire.

50. La jurisprudence de la Cour de cassation conforte la position de la doctrine classique qui souhaitait voir retenir un critère unique de détermination de la nationalité des sociétés¹⁵⁵. En effet, l'assemblée plénière emploie le terme de *nationalité* à propos d'un conflit de lois applicables alors que le concept avait été mis à rude épreuve par le Tribunal des conflits dans l'arrêt « *Mayol Arbona* ». L'arrêt du 21 décembre 1990 marque l'accord de la jurisprudence et de la doctrine majoritaire sur le critère de détermination de la nationalité d'une société mais aussi sur son rôle. Le critère applicable est celui du siège social mais plus également en matière de détermination de la loi nationale applicable à la société. Toutefois, malgré la volonté de clarification apportée par cet arrêt, il faut souligner que des dissensions existent toujours sur le rôle joué par la nationalité des sociétés en droit international privé. À l'occasion d'un litige opposant des actionnaires français aux administrateurs d'une banque incorporée en Turquie mais possédant son siège réel en Angleterre, la Cour d'appel de Paris¹⁵⁶ accepte le renvoi au second degré de la loi anglaise à la loi turque au motif que la société « *devrait être tenue pour une société de nationalité anglaise et soumise à l'application de la loi anglaise* »¹⁵⁷. Cet arrêt utilise la nationalité des sociétés en matière de conflits de lois mais sa portée se dégage difficilement en raison de l'emploi du conditionnel qui semble impliquer

¹⁵³ P.-A. Gourion, G. Peyrard et N. Soubeyraud, *Droit du commerce international*, 4^{ème} éd., collection systèmes, LGDJ, Paris, 2008, 299 p., v. spéc. p. 126 et s.

¹⁵⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, n° 707, p. 967.

¹⁵⁵ M. Menjucq, thèse préc., n° 50, p. 34.

¹⁵⁶ CA Paris 3^{ème} ch., 3 octobre 1984, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 526, note H. Synvet ; *JDI* 1986, p. 160, note B. Goldman ; cf. première instance : Trib. com. Paris, 19 octobre 1982, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 4, note H. Synvet.

¹⁵⁷ Le renvoi au second degré est un mécanisme de résolution d'un conflit de lois consistant à examiner la loi étrangère au regard de la règle de conflit française. Il y a renvoi au premier degré quand la loi désignée rend compétence à la loi française du *for* et renvoi au second degré lorsqu'elle renvoie à une autre loi. V. également E. Agostini, *L'application des règles de conflits étrangers et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse Bordeaux, 1975, n° 53 et s. ; P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 217 et s.

la détermination de la nationalité de la société par le recours au mécanisme du renvoi, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Le mécanisme du renvoi résout le problème du conflit de lois mais ne saurait à lui seul déterminer la nationalité de la société¹⁵⁸. Dans cette affaire, la Cour d'appel a renversé la logique jurisprudentielle en déduisant la nationalité de la société de la loi applicable. Cette confusion a été critiquée par la doctrine¹⁵⁹ mais un auteur semble adhérer à cette solution¹⁶⁰. À première vue, les arrêts du Tribunal des conflits et de l'assemblée plénière sont contradictoires et prônent deux solutions radicalement différentes. Mais pour H. Synvet, cette affirmation doit être nuancée¹⁶¹. Existe-t-il une compétence exclusive au profit de l'ordre judiciaire pour déterminer la nationalité des sociétés ? En affirmant que tel n'est pas le cas, le Tribunal des conflits souligne qu'aucun texte de portée générale ne définit la nationalité des sociétés, ce qui conduit à déterminer celle-ci au regard de chaque disposition dont le bénéfice est invoqué. Cette solution justifie ainsi l'absence de question préjudicielle en la matière. Toutefois, chaque ordre de juridiction est libre de déterminer le critère de détermination de la nationalité des sociétés qui lui paraît le plus adapté. Le Tribunal des conflits n'aurait pas essayé d'imposer son critère de détermination de la nationalité des sociétés, il aurait plutôt proposer une méthode pragmatique de détermination de la nationalité des sociétés au cas par cas et au regard des dispositions invoquées. Autrement dit, le Tribunal des conflits s'est prononcé sur la possibilité du juge administratif de connaître de la nationalité d'une société *in concreto*. Toutefois, l'on doit objecter que le fait de ne pas désigner un critère unique et stable de détermination de la nationalité des sociétés est nécessairement un obstacle à la cohérence de la notion de nationalité des sociétés, et à son application uniforme par les juridictions françaises. Il s'agit également d'un manque de sécurité et de prévisibilité juridique aussi bien pour les associés que pour les tiers à la société puisque la loi applicable au statut juridique de la société est susceptible de varier selon l'appréciation du juge saisi.

¹⁵⁸ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 52.

¹⁵⁹ B. Goldman, *JDI* 1986, p. 160.

¹⁶⁰ En ce sens, Ch. Leben, op. cit. Cet auteur voit dans cette décision la confirmation de sa thèse.

¹⁶¹ H. Synvet, art. précité, n° 193.

b) Recours au siège réel en cas de dissociation des sièges réel et statutaire : l'hypothèse de la fraude à la loi et du siège social fictif.

51. Donner une définition unanimement admise du siège social n'est pas chose aisée. G. Cornu assimile ce dernier au domicile de la société¹⁶². La conception la plus libérale n'adhère qu'au siège statutaire qui est fixé librement par les fondateurs de la société. Elle leur laisse la liberté, indirecte, de choisir la nationalité de leur société et respecte pleinement le principe de l'autonomie de la volonté. À l'opposé, on trouve la conception du siège social fixé au lieu du principal établissement, elle a pour effet d'octroyer au juge la tâche de fixer objectivement et impérativement le siège de la société. La première tendance consacre le fondement contractuel de la société, alors que la seconde se réfère à son caractère institutionnel. En droit français, le siège social est le lieu où se situe la direction de la société. Cette notion de siège social revêt un double aspect. Tout d'abord, un aspect formel résultant de la mention du lieu dans les statuts de la société qui détermine le greffe du tribunal de commerce compétent pour immatriculer la société au registre du commerce et des sociétés. Toute société dont les statuts précisent qu'elle a son siège social en France doit être immatriculée au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel elle a son siège, cette obligation résulte de l'article 1^{er}, 2^o du décret n° 84-406 du 30 mai 1984. Ensuite, le siège social présente un aspect matériel. Le centre de la direction effective de la société est défini depuis longtemps par la jurisprudence comme le lieu où se situent « *la direction supérieure et le contrôle de la société* »¹⁶³ et caractérisé par le lieu où se réunissent les organes sociaux. Cet aspect peut soulever quelques problèmes lorsque les organes de la société sont dispersés. Dans ce cas, la jurisprudence recherche quel est le centre prédominant en recourant à la technique du faisceau d'indices. Les juges prennent en compte le lieu de réunion des assemblées générales¹⁶⁴, mais aussi celui où existent les services administratifs et où sont tenus les comptes de la société¹⁶⁵. Le siège réel

¹⁶² G. Cornu, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 7^{ème} éd., PUF, Paris, 2005, p. 851. Le siège social est le « *lieu déterminateur du domicile de la société où se trouve concentrée la vie juridique de celle-ci, où fonctionnent ses organes d'administration, où se réunissent ses assemblées générales (peut être distinct du lieu où la société exerce sa principale activité d'exploitation et où se trouvent son industrie et son commerce)* ».

¹⁶³ Cass. req., 28 octobre 1941, *GP* 1941. I. 18 ; 22 décembre 1941, *Sirey* 1942. I. 31.

¹⁶⁴ C.A. Paris, 15^{ème} ch., 19 mars 1992, *Bull. Joly sociétés* 1992, § 245, p. 759, note Y. Reboul.

¹⁶⁵ Cour administrative d'appel Paris, 2^{ème} ch., « *SA Romantic Music Corporation* », 2 juill. 1991, *Bull. Joly*

de la société se détermine au regard de plusieurs critères concordants qui tendent tous à fixer le siège social au même endroit. Les dispositions législatives récentes et la doctrine sont en faveur de la tendance institutionnelle. Sa fonction économique interdit aux parties de choisir souverainement la loi applicable à son fonctionnement.

52. La volonté de contourner les dispositions impératives de la loi française doit-elle être prouvée ou présumée ? La fraude doit-elle exister à titre principal ? Les tribunaux français semblent avoir assimilé le siège social au principal établissement de la société. Cette orientation de la jurisprudence se retrouve dans l'arrêt de l'assemblée plénière du 21 décembre 1990¹⁶⁶. Dans cet arrêt, la Cour de cassation se prononce expressément pour le siège statutaire en énonçant que « *la nationalité, (...), pour une société, résulte, en principe, de la localisation de son siège réel, défini comme le siège de la direction effective et présumé par le siège statutaire* ». Le siège statutaire est fictif lorsqu'il ne correspond pas au lieu où la société a son centre d'activité juridique. Parfois, le siège social est choisi à des fins illégitimes, ce peut être le cas lorsque la société souhaite contourner des règles fiscales ou des règles de compétence ou bien des règles relatives au droit du travail. Dans ce cas, le siège social est fictif et frauduleux. Les tribunaux ont, en outre, un pouvoir souverain pour déterminer le siège réel. Lorsque le siège social est fictif, les tiers ont une option qui découle de l'article L. 210-3 du Code de commerce : ils peuvent choisir entre le siège statutaire et le siège réel. En revanche, la société ne peut pas opposer aux tiers le siège statutaire si celui-ci est fictif. Elle ne peut pas non plus leur opposer le siège réel s'ils veulent s'en tenir au siège statutaire, cela reviendrait à priver les tiers du droit de se prévaloir du siège statutaire que leur reconnaît la loi. Toutefois, il existe une exception qui tient à l'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif à l'encontre de la société.

sociétés 1991, § 341, p. 858.

¹⁶⁶ Cass. ass. plé., 21 déc. 1990, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 70, note G. Duranton ; *D.* 1991, p. 305.

c) L'hypothèse des sociétés dépourvues de personnalité juridique.

53. L'attribution de la nationalité ne peut se faire que pour une société valablement créée sur le plan juridique, c'est le préalable à sa reconnaissance en vue de la jouissance des droits. Toutefois, il existe des types de groupements sociaux qui ne possèdent pas la personnalité morale¹⁶⁷. La question qui se pose est de déterminer si les groupements dépourvus de personnalité morale, comme les sociétés en participation, peuvent néanmoins revendiquer une nationalité. La personnalité morale est-elle le corolaire à l'existence d'une nationalité ? Dans la mesure où la société en participation est reconnue par le législateur, ce type de groupement peut se voir accorder une nationalité puisqu'il s'agit d'une véritable société même si elle n'a pas de patrimoine propre, si elle ne peut pas agir en justice ou demander l'ouverture d'une procédure collective. La société en participation se caractérise également par l'absence d'engagements sociaux en son nom propre sauf si la participation est révélée par l'un des associés. Le même raisonnement peut être tenu à l'égard des sociétés créées de fait puisque la qualification de société créée de fait est retenue par le juge français lorsque le comportement de l'un des associés révèle les trois éléments caractéristiques du contrat de société : des apports, un partage des résultats et l'*affectio societatis*¹⁶⁸. La preuve de l'existence d'une telle société peut se faire par tous moyens. En dépit de l'absence de personnalité morale, ces groupements peuvent être reconnus par le juge, ce qui implique nécessairement qu'une loi organique et une nationalité leur sont attribuées.

¹⁶⁷ C'est le cas en droit français de la société en participation qui ne possède pas la personnalité juridique : art. L.1871 à 1872-2 du Code civil. C'est une forme de société qualifiée d'occulte expressément reconnue par l'article 1871 du Code civil aux termes duquel : « *Les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée, elle est dite alors société en participation ; elle n'est pas une personne morale, et n'est pas soumise à publicité. Elle peut être prouvée par tous moyens, et les associés conviennent librement de l'objet, du fonctionnement et des conditions de la société en participation, sous réserve de ne pas déroger aux dispositions impératives des articles 1832, 1832-1, 1833, 1836 al. 2, 1841, 1844 al. 1, 1844 al. 2* ». Cf. D. Vidal, *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2010, n° 820, p. 417 et s.

¹⁶⁸ Cass. 1^{ère} civ., 9 octobre 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 275, P. Scholer.

d) L'orientation des jurisprudences française et de l'Union européenne vers le critère du siège statutaire.

54. La jurisprudence française se réfère exclusivement au critère du siège statutaire pour déterminer la *lex societatis*, le siège réel n'est que l'exception reposant sur le droit d'option des tiers d'assigner la société au lieu de son siège réel en cas de fraude ou de siège fictif (i). Par ailleurs, la tendance à l'échelle de l'Union européenne est l'adoption du critère formaliste de l'incorporation pour des raisons liées à la croissance économique et à la volonté d'attirer les sociétés étrangères (ii).

i. La consécration du siège statutaire comme critère de principe de détermination de la *lex societatis*.

55. Les articles L. 210-3 du Code de commerce et 1837 du Code civil furent interprétés par la doctrine classique et la jurisprudence comme consacrant le siège réel comme facteur de rattachement des sociétés à un ordre juridique. Toutefois, la doctrine moderne considère que l'alinéa 1^{er} évoque le siège social sans préciser s'il s'agit du siège réel ou du siège statutaire, alors que le deuxième alinéa fait explicitement la distinction. Le deuxième alinéa de l'article L. 210-3 donne au tiers un droit d'option sur le siège à invoquer en cas d'action en justice, il n'aurait donc aucun intérêt si le critère de rattachement de principe était le siège réel. Très justement, H. Synvet pense qu'une autre rédaction de l'alinéa 2 aurait été préférable si le siège retenu par le législateur était le siège réel¹⁶⁹. Une telle rédaction aurait démontré que le siège réel est le critère de principe retenu par le législateur. Or, en l'occurrence, tel n'est pas le cas. Ainsi, « *il n'est nullement impossible de considérer que l'expression « siège social » désigne le siège statutaire* »¹⁷⁰. Dans la même optique, MM. Mayer et Heuzé¹⁷¹ constatent que la

¹⁶⁹ H. Synvet, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 94, p. 209 ; du même auteur : *Rép. int. Dalloz*, « Société », n° 40. Il aurait été plus juste de dire que « les tiers ont néanmoins la faculté de se prévaloir du siège statutaire ».

¹⁷⁰ M. Menjucq, op. cit., n° 96.

¹⁷¹ P. Mayer et V. Heuzé, op. cit., n° 1037, p. 757.

position de la doctrine en faveur du siège réel relève d'une lecture erronée de la jurisprudence. En principe, le siège retenu par les juges français est le siège statutaire. C'est le plus simple à identifier mais l'inconvénient est qu'il ne dépend que de la volonté des fondateurs de la société. Dans ce cas, le siège statutaire tel qu'il est retenu par les juges s'apparente très fortement au système anglo-saxon de l'incorporation. Les arrêts retenus comme ayant fait prévaloir le siège réel ont en réalité constaté que le siège statutaire était non seulement fictif, mais aussi frauduleux¹⁷². Il s'agit d'une application de la théorie de la fraude à la loi. En outre, depuis la loi du 24 juillet 1966, le siège réel se voit reconnaître un rôle limité. À la lecture de l'article 2, alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966, la validité même de la société ne peut pas dépendre de la position adoptée par les tiers. Par conséquent, la constitution de la société au lieu du siège statutaire est tout à fait plausible et valable. Les tiers invoqueront la loi du siège réel seulement si tel est leur intérêt.

ii. La préférence des juges de l'Union européenne pour le critère formaliste de l'incorporation.

56. L'évolution du droit de l'UE en matière de liberté d'établissement risque de mettre à mal la conception française traditionnelle du siège réel relative à la nationalité de la société et à la détermination de la loi applicable aux sociétés. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne témoigne d'une volonté de favoriser au maximum la liberté d'établissement des sociétés au sein de l'Union européenne comme le prévoit les articles 49 et 54 TFUE¹⁷³. Cela se traduit concrètement par la possibilité offerte aux sociétés d'un Etat membre de dissocier leurs sièges réel et statutaire. L'hypothèse de la fraude à la loi n'a également jamais été retenue par la Cour de justice. Comme pour les personnes physiques, le traité énonce en faveur des sociétés le principe de la liberté d'établissement. L'équivalence des droits prônée par l'article 54 TFUE est d'autant plus affirmée que le traité procède par assimilation avec les personnes physiques pour lesquelles l'article 49 le prévoit

¹⁷² C.A. Paris, 21 mai 1957, *Rev. crit. DIP* 1958, p. 128, note Francescakis.

¹⁷³ Anciens articles 43 et 48 TCE.

expressément¹⁷⁴. La jurisprudence de la Cour de justice a eu pour objet la reconnaissance des sociétés et le conflit de lois pour limiter les effets du siège réel en affirmant la contrariété aux articles 49 et 54 TFUE de la prise en compte du siège réel par l'Etat membre d'accueil soit pour refuser de reconnaître la capacité juridique, soit pour appliquer, même seulement à titre de loi de police, les dispositions locales légales. En droit international privé, la théorie du siège réel demeure toujours applicable aux sociétés ayant leur siège statutaire dans un Etat tiers à l'Union européenne mais compte-tenu de l'importance prise par le droit de l'UE, les Etats membres revoient leurs positions traditionnelles en la matière. L'Allemagne, tenant compte de l'évolution de la jurisprudence de l'UE, a instauré le critère du siège statutaire pour les sociétés de capitaux¹⁷⁵. Cette règle de conflit du droit de l'UE ne prend en compte qu'un lien purement formel résultant de l'immatriculation, appelée aussi incorporation, de la société sur un registre. Le critère de rattachement est le siège social tel qu'il figure dans les statuts et corroboré par l'immatriculation. Par conséquent, le rattachement à la loi d'un Etat membre s'effectue par le siège statutaire. La jurisprudence de l'Union européenne ne donne aucune importance au lieu de la direction effective qualifié de siège réel (« *head office* ») en droit français ou allemand. D'après l'examen de la jurisprudence de l'Union européenne, il semble très peu probable de pouvoir rechercher si les fondateurs ont été animés par une volonté de fraude dans le choix du lieu de constitution de leur société. Ce système tel qu'il résulte des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁷⁶ laisse une grande place à la volonté des fondateurs dans le choix de la *lex societatis*.

¹⁷⁴ L'article 49 TFUE concernant les sociétés dispose que « les sociétés constituées en conformité à la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des Etats membres. (...) ».

¹⁷⁵ La MoMiG de 2007, entrée en vigueur le 1^{er} nov. 2008, consacre le siège statutaire pour le rattachement des sociétés de capitaux : *Rev. crit. DIP* 2006, p. 712.

¹⁷⁶ CJCE « *Centros* », 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Rev. sociétés* 1999, p. 386, note Parléani ; *Rec. CJCE* 1999, I, p. 1459 ; « *Überseering* », 5 nov. 2002, aff. C-208/00, *Rec. CJCE* 2002, I, p. 9919 ; « *Inspire Art* », 30 sept. 2003, aff. C-167/01, *Rec. CJCE* 2003, I, p. 10155.

B. Le rôle subsidiaire et négatif du contrôle.

57. Le critère du contrôle, fondé notamment sur la nationalité des principaux actionnaires, des dirigeants sociaux ou sur la provenance des fonds, est un critère punitif et privatif de droits. Le contrôle n'a jamais été utilisé pour la détermination de la nationalité ou de la loi applicable (1). Il s'agit là d'un critère institué par le législateur ou le pouvoir exécutif dans des situations précises chaque fois que se pose la question de la jouissance des droits d'une société *a priori* Française mais contrôlée par des étrangers (2).

1. Un critère non attributif de nationalité et réservé à la jouissance des droits.

58. Le « *polymorphisme* »¹⁷⁷ du contrôle a été le principal obstacle à sa généralisation. Le critère du contrôle, malgré les différentes formes qu'il adopte, est explicitement défini par le législateur ou le pouvoir exécutif. Il n'exige pas d'interprétation de la part des juges du fond. « *Le critère du siège social serait adopté, toutes les fois qu'il faudrait déterminer la loi applicable à la société. Au contraire, il y aurait lieu de se référer au contrôle, toutes les fois qu'il s'agirait de préciser les droits dont une société peut jouir en France, et les obligations auxquelles elle est assujettie* »¹⁷⁸. P. Louis-Lucas proposa de faire une application distributive de ces deux critères, il faisait valoir que le siège social ne révèle que le domicile de la société et non les personnes qui la dirigent et la contrôlent effectivement¹⁷⁹. Cet auteur préconisait de distinguer l'existence de fait du groupement social, qui doit être appréciée d'après le critère du contrôle, et la reconnaissance en droit de ce groupement de fait pour laquelle on devrait

¹⁷⁷ Le contrôle peut revêtir différentes formes, ce qui a pu conduire certains auteurs à rejeter son application en jurisprudence. De plus, son application demande des investigations qui peuvent être difficiles pour les tribunaux. Toutefois, il convient de préciser que ce critère est indispensable pour apprécier si telle ou telle société peut bénéficier des activités réglementées et réservées aux sociétés françaises. Le contrôle peut s'apprécier d'après : le contrôle des associés, le contrôle des dirigeants, l'origine des capitaux, la détermination de l'Etat qui retire les bénéfices économiques et financiers de l'activité sociale.

¹⁷⁸ Loussouarn et Bredin, *Droit du commerce international*, op. cit., n° 262, p. 278. En ce sens, v. Niboyet, *Traité*, t. II, 2^{ème} éd., n° 750 et s. ; R. Savatier, *Rev. crit. DIP* 1939, p. 428 et *Précis de droit international privé*, 2^{ème} éd., n° 49 ; Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, thèse préc., n° 45 ; Rigaud, *Rép. de la Pradelle et Niboyet*, v. « Personnes morales », n° 80.

¹⁷⁹ P. Louis-Lucas, « Remarques relatives à la détermination de la nationalité des sociétés », *JCP* 1953. I. 1104.

déterminer la nationalité en se référant au siège social. Il estimait aussi qu'une fois ces deux questions résolues, les problèmes de jouissance des droits et de conflits de lois peuvent être réglés sans difficultés. MM. Hamel et Lagarde¹⁸⁰ se rallient au critère du siège social pour la détermination de la loi régissant le statut personnel de la société. En revanche, ils soutiennent que le contrôle doit s'appliquer quand la société revendique l'exercice ou le bénéfice de droits civils. Le domaine d'application du critère du contrôle serait parfaitement délimité par la distinction opérée par Niboyet : le conflit de lois serait régi par le critère du siège social et les problèmes de jouissance des droits seraient réglés par le critère du contrôle. Or, la jurisprudence n'a pas toujours suivie cette distinction à la lettre. Exceptionnellement, le critère du contrôle est perçu comme un critère complémentaire du critère du siège social, cette position a été expressément consacrée par l'arrêt de la Cour de cassation du 30 mars 1971¹⁸¹ qui établit une hiérarchie entre les deux critères. Par ailleurs, lors de sa mise en œuvre par les tribunaux, ceux-ci semblent indifférents à privilégier l'une des formes du contrôle sur les autres puisqu'ils utilisent de manière cumulative ou alternative les différentes formes du contrôle. La même remarque est valable s'agissant des lois qui instaurent le critère du contrôle pour la jouissance de certains droits, ces dernières optent pour des formes de contrôle très variables et dépendant largement des secteurs d'activités que le législateur souhaite plus ou moins protéger d'une certaine mainmise étrangère. On constate que la jurisprudence a appliqué à maintes reprises le critère du siège social pour des questions relatives à la jouissance des droits¹⁸². Dans sa décision « *Barcelona Traction* »¹⁸³, la Cour internationale de justice a consacré les deux systèmes du siège social et de l'incorporation. Dans le cadre de la

¹⁸⁰ Hamel et Lagarde, *Traité de droit commercial*, t. I, *op. cit.*, n° 420, p. 506.

¹⁸¹ Cass. 1^{ère} civ., 30 mars 1971, *Bull. civ.* 1971, I, n° 111 ; *Rev. crit. DIP* 1971, p. 451, note Lagarde ; *JCP G* 1972, II, 17101, note Oppetit ; *JDI* 1972, p. 834, note Loussouarn. Les juges décidèrent que « si, en principe, la nationalité d'une société se détermine par la situation de son siège social, pareil critère cesse d'avoir application lorsque, le territoire sur lequel est établi ce siège social étant passé sous une souveraineté étrangère, les personnes qui ont le contrôle de la société et les organes investis conformément au pacte social ont décidé de transférer dans le pays auquel elle se rattache le siège de la société afin qu'elle conserve sa nationalité et continue d'être soumise à la loi qui la régissait ».

¹⁸² S. Bastid, « La protection diplomatique et la nationalité des sociétés », in *Travaux du comité français de Droit International Privé*, 1969, n° 23. En matière de protection diplomatique, une utilisation combinée du siège social et du contrôle est faite par les tribunaux. Le critère normalement retenu est celui du siège social pour les Etats qui, comme la France, s'y réfèrent.

¹⁸³ CIJ, 5 février 1970, « *Barcelona Traction* », *Rec. CIJ* 1970, p. 3 ; J. Charpentier, « L'affaire de la Barcelona Traction devant la Cour internationale de Justice », *Annuaire français de Droit international* 1970, vol. 16, n° 16, pp. 307-328.

protection diplomatique, le contrôle n'intervient que pour vérifier que le lien invoqué est fondé et que la société souhaitant bénéficier de ce droit présente bien des attaches réelles avec l'Etat. Il en est de même pour le bénéfice de l'article 14 du Code civil instaurant un privilège de juridiction au profit des nationaux français. C'est la localisation du siège social en France qui permet aux sociétés de bénéficier de l'article 14 du Code civil.

Le critère du contrôle n'intervient qu'exceptionnellement et seulement si un texte prévoit son application en matière de jouissance des droits.

2. Le recours au contrôle dans les matières réglementées et sensibles de l'économie.

59. Les dispositions législatives mettant en œuvre le critère du contrôle témoignent d'une absence totale d'homogénéité. Le législateur définit dans chaque matière le type de contrôle visé. Cela permet au législateur d'une part, de « *doser ses investigations en fonction du but qu'il se propose d'atteindre* » ; d'autre part, de donner à ce « *procédé une plasticité indispensable* »¹⁸⁴. Il est évident que le secteur de l'armement ou de la presse ne nécessitent pas le même degré de contrôle de la part du législateur. Ne retenir qu'un type de contrôle, par exemple l'origine des capitaux, occulterait tous les autres types de contrôle susceptibles de s'appliquer comme la nationalité des dirigeants sociaux, le contrôle des associés ou encore l'Etat qui retire le plus d'avantages économiques et financiers de l'activité de la société. En dehors du temps de guerre, le législateur fait appel au contrôle lorsque l'intérêt national le commande¹⁸⁵. Le siège réel reste toutefois le principe, auquel il est fait exception, par certaines règles plus exigeantes, relevant de la condition des étrangers¹⁸⁶. En principe, les investissements étrangers en France sont libres et ne donnent lieu qu'à une simple déclaration administrative, sauf s'il s'agit de domaines sensibles pour lesquels une autorisation spécifique est nécessaire¹⁸⁷. Sont concernés par ces mesures, les investissements effectués dans des

¹⁸⁴ Loussouarn et Bredin, *op. cit.*, n° 269, p. 288.

¹⁸⁵ D. Kitic, *Droit international privé*, éd. Ellipses, Paris, 2003, 224 p., pp. 198-203.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Mémento pratique F. Lefebvre. Sociétés commerciale 2012, op. cit.*, n° 330 et s. La réglementation des

activités participant en France, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique, les investissements dans des activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale, ainsi que ceux réalisés dans des activités de recherche, de production ou de commerce d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives¹⁸⁸. Parfois, le législateur fait référence à la nationalité des associés¹⁸⁹. Il se peut aussi que le législateur fasse appel au lieu de résidence des actionnaires. Ainsi, la loi NRE du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques renforce les moyens d'identification des actionnaires non-résidents¹⁹⁰. Le législateur fait aussi un usage cumulatif des différentes formes du contrôle : la loi du 28 octobre 1946 relative à la réparation des dommages de guerre utilisait la nationalités des capitaux, des associés et la localisation du siège social¹⁹¹. Enfin, certains traités étendent le domaine du contrôle en précisant qu'il peut être direct ou indirect¹⁹².

investissements étrangers en France résulte des articles L. 151-1 à L. 151-4 du Code monétaire et financier (modifiés par la loi 2004-1243 du 9 décembre 2004) et des articles R. 151-1 à R. 153-12 du même Code (modifiés par le décret 2005-1739 du 30 décembre 2005), complétés par un arrêté du 7 mars 2003. D'après ces textes, avant tout investissement étranger dans un secteur d'activité sensible, une demande d'autorisation préalable doit être adressée au ministre de l'économie et des finances même s'il s'agit d'investissements d'un Etat membre de l'Union européenne.

¹⁸⁸ Sont également soumis à autorisation les investissements indirects ayant trait à la défense nationale et aux armes et explosifs. L'article 4 de l'arrêté du 4 mars 2003 précise la liste des renseignements à fournir dans la demande d'autorisation. En outre, doivent être autorisées, les créations de succursales et la prise de participation dans une société française dans la mesure où cette prise de participation permet de prendre ou d'accroître le contrôle de la société considérée, ou encore les opérations ayant pour effet d'assurer l'extension d'une société française sous contrôle étranger. Toutefois, le décret du 7 mars 2003 dispose que la simple participation n'excédant pas 33,33 % dans le capital d'une société dont les titres sont cotés en bourse peut être librement effectuée (article 1^{er}, 4°, II, d).

¹⁸⁹ C'est le cas pour les sociétés concessionnaires de services publics (décret-loi du 12 novembre 1938) ; la propriété des entreprises de presse (loi n° 86-987 du 1^{er} août 1988) ; les entreprises de publications destinées à la jeunesse (loi du 16 juillet 1949). L'article 4 de la loi du 27 janvier 1967 sur la réglementation des changes exige que « *les constitutions en France d'investissements directs par des sociétés en France sous contrôle étranger direct ou indirect* » fassent l'objet d'une déclaration auprès du Gouvernement.

¹⁹⁰ Art. L. 228-21 du Code de commerce.

¹⁹¹ Art. 11, L. 28 oct. 1946 sur les dommages de guerre ; art. 221 du Code des douanes sur le droit des sociétés à la francisation des navires leur appartenant.

¹⁹² Art. 6 de la Convention franco-algérienne relative à la mise en valeur des richesses du sous-sol saharien du 28 août 1962 ; l'article 13 de la Convention d'établissement franco-américaine du 25 novembre 1959 ; art. 10 de la loi du 6 août 1986 sur la privatisation d'entreprises du secteur public qui limite à 20 % la participation d'une société étrangère. V. Pinto, « Le régime juridique des investissements étrangers en France », *JDI* 1967, p. 235.

60. L'influence du droit de l'UE en matière d'activités réglementées et soumises à restrictions a incité certains Etats membres à revoir leur position¹⁹³. La liberté d'établissement prônée par les articles 49 et 54 TFUE a vu la consécration d'une jurisprudence ultra libérale où la liberté d'établissement des sociétés est quasi-totale. L'on peut citer l'exemple du transport aérien ou de la marine marchande pour lesquels la Cour de justice de l'Union européenne a eu à se prononcer. S'agissant de la nationalisation des navires, dans un arrêt du 25 juillet 1991¹⁹⁴, la Cour de justice a condamné, au nom de la liberté d'établissement, les dispositions du *Merchant Shipping Act* de 1988 qui subordonnaient l'octroi du pavillon britannique à un navire de pêche à ce que le propriétaire, l'affrèteur ou l'exploitant soient de nationalité britannique ou bien des sociétés constituées au Royaume-Uni. En outre, les trois quarts des administrateurs devaient être de nationalité britannique et 75 % du capital devait être détenu par des citoyens britanniques. La France, l'Irlande et la Grèce ont également été condamnés par la Cour de justice pour les mêmes motifs¹⁹⁵. En dépit d'un manque d'homogénéité qui est source de difficultés et d'incohérence, la souplesse du critère du contrôle permet au législateur d'apprécier au plus juste et selon les intérêts économiques et stratégiques en jeu les sociétés susceptibles de bénéficier des droits invoqués. Les différentes formes du contrôle sont utilisées de façon distributive ou cumulative, mais « *cette diversité n'est-elle pas inhérente au contrôle lui-même, n'est-elle pas la rançon de sa souplesse et de ses facultés d'adaptation* »¹⁹⁶ ?

¹⁹³ H. Synvet, *Rép. Int. Dalloz*, « Société », n° 180. D'après l'auteur, « *les occasions de discriminer à l'encontre des sociétés étrangères sont en diminution, par l'effet libéralisateur du droit communautaire. D'autre part, quand un régime restrictif subsiste, le législateur marque, par réalisme, une préférence pour le critère du contrôle* ».

¹⁹⁴ CJCE, 25 juillet 1991, « *Factortame* », aff. C-221/89, *Rec. CJCE* I, p. 3905.

¹⁹⁵ S'agissant de l'Irlande : CJCE, 4 oct. 1991, aff. C-93/89, *Rec. CJCE*, I, 4569 ; 12 juin 1997, aff. C-151/96, *Rec. CJCE*, I, 3327. Pour une condamnation de la Grèce : v. CJCE, 27 nov. 1997, aff. C-62/96, *Rec. CJCE*, I, 6725. La France a aussi été condamnée par la Cour de justice, celle-ci a jugé que les dispositions de la loi du 3 janvier 1967 « *qui limitent le droit d'immatriculer un navire dans le registre national et de battre pavillon français aux navires qui appartiennent pour plus de la moitié à des personnes physiques ayant la nationalité française, à des personnes morales ayant leur siège en France (...) la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 6, 48, 52, 58, et 221 du traité CE* ». CJCE, 7 mars 1996, aff. C-334/94, *Rec. CJCE*, I, 1307.

¹⁹⁶ Loussouarn et Bredin, *op. cit.*, n° 269, pp. 287-288.

Après avoir étudié la conception française de la nationalité des sociétés et son application en droit positif, il semble intéressant de procéder à une étude de droit comparé et de s'attarder sur la position de certains Etats européens vis-à-vis de la nationalité des sociétés. Deux grands systèmes de rattachement des sociétés coexistent : celui du siège social et celui de l'incorporation que l'on peut rapprocher du siège statutaire et qui correspond au lieu d'immatriculation ou d'enregistrement de la société.

Section III : Le rattachement des sociétés en droit comparé européen.

61. Dans un premier temps, nous verrons la place de la nationalité des sociétés dans le système de l'incorporation (§ 1). Ensuite, nous exposerons la position de différents Etats d'Europe continentale qui, comme la France, adoptent le système du siège social même si des nuances apparaissent quant au rôle assigné à la nationalité des sociétés (§ 2).

§ 1. L'exemple du droit anglais.

62. Le droit anglo-saxon consacre l'incorporation ou l'immatriculation formelle de la société comme critère de constitution des sociétés (A), c'est également le critère permettant de déterminer la nationalité des sociétés (B). Toute société constituée au Royaume-Uni est nécessairement une société britannique avec toutes les conséquences juridiques que cela implique.

A/ L'incorporation comme mode de constitution des sociétés.

63. Le système anglo-saxon de l'incorporation retient un critère purement formel de détermination de la nationalité des sociétés qui tient au lieu d'enregistrement de la société, le siège social étant le siège enregistré ou « *registered office* »¹⁹⁷. Le lieu de la direction effective ou « *head office* » n'est pas du tout pris en compte, ce qui interdit de recourir à la théorie de la fraude dans le choix par les fondateurs de la société du lieu de constitution de celle-ci. Ce système laisse une grande place à la volonté des fondateurs et à l'autonomie de la volonté : l'incorporation est totalement déconnectée de la localisation matérielle du siège de la société. En Angleterre et aux Etats-Unis, les sociétés ont la nationalité de l'Etat dans lequel les formalités de constitution ont été accomplies, il s'agit en réalité du pays où la société est enregistrée¹⁹⁸. Ce système très libéral est un moteur pour le développement de l'économie internationale et peut faciliter grandement les relations commerciales internationales. En outre, il assure un minimum de sécurité puisque le lieu d'enregistrement peut être très facilement connu. En pratique, un organe administratif participe à la création de la société et seules les sociétés enregistrées – *incorporated* – sur un registre sont dotées de la personnalité morale. Le parallèle peut être fait avec l'obligation en France pour les sociétés d'être immatriculées au registre du commerce pour bénéficier de la personnalité morale¹⁹⁹. Dans le cas contraire, la société n'est pas reconnue et ne peut pas bénéficier de tous les droits et obligations que la loi prévoit. Par conséquent, une société ainsi créée est nécessairement soumise à la loi de l'Etat dans lequel elle est incorporée. C'est un système très libéral dans lequel les fondateurs, choisissant le lieu d'enregistrement, opteront indirectement pour la loi applicable à leur société. Ce critère offre la possibilité aux pays qui l'adoptent d'enregistrer sur leur territoire toutes les sociétés qui le demandent, l'intérêt financier et économique est donc considérable.

¹⁹⁷ M. Menjucq, « La notion de siège social : une unité introuvable », art. précité, p. 499.

¹⁹⁸ Rabel, *Conflicts of laws*, t. II, p. 31 ; E. Hilton Young, *Foreign companies and others corporations*, p. 205.

¹⁹⁹ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 1034.

64. Les fondateurs de la société ne peuvent pas choisir une autre loi et ce, dans un souci de protection des tiers. Un autre avantage non négligeable concerne la protection diplomatique, même si aujourd'hui ce contentieux a perdu de son importance, est que celle-ci peut être étendue à toutes les sociétés incorporées sur le territoire de la Grande-Bretagne ou des Etats-Unis. Toutefois, ces propos doivent être nuancés. Si la Grande-Bretagne s'y réfère sans prendre en compte la nationalité des actionnaires pour exercer sa protection diplomatique, les Etats-Unis, en revanche, adoptent une position beaucoup plus réservée²⁰⁰. Ils demandent qu'existe un intérêt américain substantiel et pas seulement un simple rattachement juridique, les intérêts économiques et financiers de sociétés contrôlées par des citoyens américains doivent être menacés. Le problème majeur du critère de la loi de constitution est que les fondateurs peuvent placer la société sous un régime donné pour échapper aux dispositions impératives du pays auquel elle se rapproche le plus étroitement²⁰¹, notamment dans le but de se soustraire aux dispositions protectrices des tiers. En outre, en matière de jouissance des droits, le critère de l'incorporation peut permettre aux fondateurs de la société d'exercer une activité réservée aux seuls nationaux sous couvert d'une personne morale localement créée²⁰². Toutefois, ces inconvénients ne doivent pas condamner le critère de l'incorporation. Celui-ci présente des avantages qui tiennent à sa simplicité et à la certitude qu'il apporte s'agissant de la loi applicable à la société. Pour tempérer les incorporations abusives à l'étranger, on peut appliquer les dispositions les plus impératives à ces sociétés étrangères, à la manière de lois de police, ou bien le juge peut recourir à l'exception de la fraude à la loi dans les cas les plus flagrants. Le système de l'incorporation reconnaît qu'une société est valablement créée dès qu'elle est régulièrement constituée selon le droit d'un Etat étranger. En droit anglais, « *the existence or dissolution of a foreign company duly created or dissolved under the law of a foreign company is recognized in England* »²⁰³. Ce système très souple et permissif de l'incorporation utilisé dans les pays de *common law* a pour conséquence que les sociétés vont être animées par la volonté de rechercher la meilleure loi applicable que ce soit en matière fiscale ou sociale. Aux Etats-Unis par exemple, les grandes sociétés multinationales se

²⁰⁰ Loussouarn et Trochu, *Jcl. sociétés*, fasc. 28-60, n° 69.

²⁰¹ B. Audit, *op. cit.*, n° 1112, p. 945.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Dicey et Morris, *Conflicts of laws*, vol. 2, 11^e éd., Sweet et Maxwell, rule 171, p. 1128.

concentrent essentiellement dans l'Etat du Delaware même si ces sociétés n'y exercent aucune activité commerciale ou industrielle réelle. L'enjeu est de rechercher et d'optimiser au maximum la législation applicable à la société, autrement dit de choisir celle qui sera la plus bénéfique aux intérêts de la société. Cet effet Delaware²⁰⁴ est dû à une législation en matière de droit des affaires extrêmement souple et favorable aux associés dans leurs rapports. Toutefois, dans le cadre de l'Union européenne, les Etats membres peuvent néanmoins contrecarrer les excès de ce système en recourant à la théorie de la fraude, ou bien en limitant la possibilité pour ces sociétés abusivement enregistrées dans l'Etat du Delaware d'exercer une activité économique et commerciale sur leur territoire²⁰⁵.

65. L'avantage considérable du critère de l'incorporation réside dans la possibilité pour les associés de rester soumis à la même loi lorsqu'ils décident de déplacer leurs activités ou le centre de gravité de leur société²⁰⁶. Même si la société vient à entretenir des liens plus étroits avec un autre Etat, elle reste soumise à la loi de l'Etat où elle s'est constituée²⁰⁷. En pratique, le système de l'incorporation est une application du domicile d'origine de la société. Le facteur de rattachement est devenu directement le lieu de l'incorporation²⁰⁸. La société est donc régie par la loi du pays dans lequel elle s'est constituée et son domicile d'origine se situe « sur le territoire de l'Etat dont la loi a été appliquée pour sa création »²⁰⁹.

²⁰⁴ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. 2, 2^{ème} éd., PUF, 2010, n° 1076 et s. Il s'agit du phénomène consistant pour les fondateurs à rechercher la loi la plus favorable. Cette recherche de la loi la moins contraignante peut conduire les Etats membres de l'Union européenne à se lancer dans une « *surenchère juridique* », l'auteur fait le parallèle avec le cas des Etats-Unis où ce phénomène, dénommé *race to the bottom* ou *race to laxity*, est très connu. Un tel phénomène de « Delaware européen » aurait pour conséquence néfaste d'affaiblir le caractère impératif des législations nationales. Cet auteur pense qu'un tel phénomène n'est pas susceptible de se produire au sein de l'Union européenne en raison de législations plus ou moins proches, même le droit anglais d'inspiration très libérale ne se démarque pas.

²⁰⁵ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 1036, p. 735.

²⁰⁶ J.-M. Jacquet, P. Delebecque et S. Corneloup, *Droit du commerce international*, 2^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2010, n° 228 et s., p. 134.

²⁰⁷ CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, concl. A. La Pergola, *Bull. Joly sociétés* 1999, p. 705, note J.-Ph. Dom ; D. 1999, *Cahier droit des affaires*, juris., p. 550, note M. Menjucq ; *JDI* 2000, p. 484, obs. M. Luby.

²⁰⁸ J.-M. Jacquet, P. Delebecque et S. Corneloup, *Droit du commerce international*, *op. cit.*, n° 230.

²⁰⁹ F. Guillaume, « *Lex societatis*. Principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse », in *Etudes suisses de droit international*, vol. 116, Schulthess, Genève, 2001, p. 116.

66. Ce système est aussi en vigueur dans quelques pays d'Europe continentale comme c'est le cas pour les Pays-Bas depuis 1966²¹⁰. La loi hollandaise se déclare applicable aux sociétés enregistrées aux Pays-Bas. Étant donné que le lieu d'immatriculation est fixé par le siège statutaire, le rattachement s'effectue dans l'Etat désigné par le siège statutaire. La Suisse s'est également ralliée au système de l'incorporation par le biais de l'article 154. 1 de la LDIP²¹¹. En vertu de cet article, les sociétés sont régies par le droit de l'Etat dans lequel elles se sont constituées, il s'agit du lieu d'enregistrement ou de publication de la société. L'article 154. 2 de la loi suisse prévoit aussi un rattachement subsidiaire dans l'hypothèse où la société ne remplirait pas les conditions posées par le droit en vertu duquel elle a été constituée. Il en résulte l'application de la loi du pays dans lequel la société est administrée en fait, on évite ainsi que la nullité de la société ne soit prononcée, ce qui serait préjudiciable aux tiers et aux salariés de la société. Une société peut être déclarée de nationalité suisse même si son intention initiale est de se soustraire aux dispositions contraignantes de la loi suisse et qu'elle exerce l'essentiel de son activité et possède son siège effectif à l'étranger. L'Italie, traditionnellement pays de siège réel, s'est ralliée au système de l'incorporation par une loi du 1^{er} septembre 1995²¹². L'article 25. 1 de cette loi désigne la loi de l'Etat dans lequel a été enregistrée et constituée la société. Toutefois, la loi italienne apporte un correctif en cas de volonté frauduleuse de contourner certaines dispositions impératives. La loi italienne s'applique à la société non incorporée en Italie si le siège de l'administration est situé en Italie ou si l'activité principale de la société se trouve en Italie. Comme le soulignent certains auteurs, « *il s'agit d'une règle de conflit unilatérale visant le cas de sociétés « pseudo-étrangères » à l'Italie, mais ayant avec l'Italie leurs liens les plus importants* »²¹³. L'Italie tout en se ralliant au critère de l'incorporation a préféré se prémunir de la fraude de certaines sociétés qui, en étant incorporées dans un autre Etat, exercent l'essentiel de leurs activités sur son territoire. Toutefois, au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union

²¹⁰ Hoge raad, 23 mars 1966, *Weekblad van het recht* 2781, *VLAS Netherlands reports*, p. 39. V. Loi du 25 juillet 1959, entrée en vigueur le 7 oct. 1969.

²¹¹ La Loi fédérale suisse de droit international privé a été adoptée le 18 décembre 1987.

²¹² G. Brogini, « La nouvelle loi italienne de droit international privé », *RSDIE* 1996, pp. 1-41 ; T. Ballarino, « Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé italien », *Rev. crit. DIP* 1996, p. 21 et s.

²¹³ J.-M. Jacquet, P. Delebecque et S. Corneloup, *op. cit.*, n° 232.

européenne²¹⁴, cette règle ne semble pas applicable aux sociétés ressortissantes d'un autre Etat membre de l'Union européenne. Cette règle unilatérale de conflit visant les sociétés pseudo-étrangères reçoit application seulement pour les sociétés constituées dans un Etat tiers à l'Union européenne.

B/ Le rôle de la nationalité des sociétés dans le système d'incorporation.

67. En droit anglo-saxon, la nationalité de la société se détermine exclusivement au regard de son lieu de constitution (1). En outre, le conflit de lois n'est pas influencé par la nationalité de la société. Ce qui est pris en considération, c'est le lieu d'enregistrement de la société (2).

1. L'incorporation comme critère de détermination de la *lex societatis*.

68. En droit anglais, le domicile de la société, assimilé au siège statutaire, est le facteur de rattachement de la *lex societatis*²¹⁵. Le droit anglais, se fondant sur l'analogie avec les personnes physiques, recourt à une règle de conflit unique – la loi du domicile – pour déterminer le statut des personnes physiques et morales. « *The question concerning the status of a body of persons associated together for some enterprise, including the fundamental question (...) of legal personality must on principle be govern by the same law that governs the status of individuals, i.e. by the law of domicile* »²¹⁶. Le critère de détermination de la *lex societatis*, qui est le lieu d'incorporation, se serait donc substitué au domicile. M. Menjucq distingue plusieurs indices qui militent en faveur de cette hypothèse du rattachement direct à la loi du lieu d'incorporation. Il fait référence à l'opinion exprimée par le Lord Wright selon

²¹⁴ CJCE, *Centros, Überseering et Inspire Art*, arrêts préc.

²¹⁵ B. Goldman, *Cours de droit du commerce international*, op. cit., p. 41.

²¹⁶ Cité par M. Menjucq, thèse préc., n° 29, p. 22-23. *Cheshire & North's Private international law* by P. M. North and J. J. Fawcett, 12th ed., Butterworth, 1992, p. 174 : « *la question relative au statut d'un groupe de personnes associées dans une entreprise commune, incluant le problème fondamental (...) de la personnalité morale, doit être en principe régie par la même loi que celle qui gouverne le statut personnel des individus, c'est-à-dire par la loi du domicile* ».

laquelle la reconnaissance de la personnalité des personnes morales étrangères résulterait uniquement de la loi du lieu de constitution sans référence au domicile²¹⁷. L'avis de ce juge a retenu l'attention de la doctrine²¹⁸ qui, dans le cadre de la reconnaissance, rattache la société étrangère par la loi de son pays d'incorporation, cette démarche est qualifiée par Niboyet de « *pure conception de l'incorporation* »²¹⁹. Ce n'est qu'une fois que la loi du pays d'incorporation est désignée que l'on recherche à localiser le domicile social qui n'est pas l'élément fondamental de rattachement de la loi de la société²²⁰. Ces auteurs anglais insistent sur la méthode de détermination du critère de détermination de la *lex societatis*. Selon le droit anglais, une société a un domicile anglais si elle est enregistrée en Angleterre. Le domicile ne détermine pas l'incorporation mais est une conséquence de celle-ci²²¹. Toutefois, en pratique, cette distinction n'a pas de conséquences puisque les législations des Etats membres imposent la fixation du siège social sur leur territoire national parmi les conditions de l'immatriculation. Les droits des Etats membres adoptant le système de l'incorporation se rejoignent sur ce point puisqu'ils soumettent, en vertu de l'article 54 TFUE, la régularité de l'enregistrement d'une société à la localisation du siège social statutaire sur leur territoire. L'article 2 du *Companies Act* de 1985, modifié en 1989 et en 2006, prévoit que l'acte constitutif de la société (*memorandum of association*) doit mentionner si le siège social est situé en Angleterre, au Pays de Galles ou en Ecosse. En outre, cette loi dispose que l'immatriculation doit s'effectuer au lieu indiqué dans l'acte de constitution de la société. Ce lien entre siège social et immatriculation a pour conséquence d'entraîner, en cas de transfert international du siège social, une nouvelle immatriculation qui modifie la loi applicable.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ L. Collins, *Dicey and Morris, Conflicts of laws*, 11th ed., 1987, rule 171.

²¹⁹ B. Goldman, art. précité.

²²⁰ L. Collins, *op. cit.*, rule 172.

²²¹ M. Menjucq, thèse préc., n° 29, p. 23.

2. L'incorporation utilisée hors du cadre du conflit de lois : incorporation et nationalité des sociétés.

69. En droit international privé anglais, la nationalité des sociétés est une conséquence directe de l'incorporation, la société a la nationalité du pays où elle a été régulièrement immatriculée. Autrement dit, la société est le national du pays « *dont elle a suivi la loi lors de sa constitution* »²²². Ce critère purement formel matérialisé par une opération juridique d'enregistrement auprès d'une autorité administrative entraîne l'attribution d'une nationalité à la société et de la loi compétente pour régir son statut juridique et son fonctionnement. La nationalité des sociétés ne joue aucun rôle en matière de détermination de la loi applicable à la société²²³. Il revient clairement au siège social de déterminer la loi applicable au statut juridique de la société. En revanche, la nationalité intervient en matière de jouissance des droits²²⁴ et de protection diplomatique²²⁵.

§ 2. Le rôle de la nationalité des sociétés dans les systèmes retenant le siège social.

70. Au sein des droits nationaux retenant le système du siège social pour déterminer la nationalité des sociétés, il existe toutefois des différences s'agissant du mode de détermination de la loi applicable à la société. En effet, certains Etats retiennent le siège social comme critère de détermination de la *lex societatis* alors que d'autres l'excluent. Nous verrons tout d'abord l'approche des droits nationaux consacrant la nationalité de la société comme facteur de rattachement de la *lex societatis* (A), puis dans un second point nous exposerons les droits excluant la nationalité comme critère de rattachement de la loi applicable (B).

²²² M. Menjucq, thèse préc., n° 31. V. *Cheshire & North's Private international law*, op. cit., p. 175.

²²³ *Cheshire & North's Private international law*, op. cit. : « *it is seldom, however, that its nationality will be relevant to a question of conflict of laws* », ce qui veut dire : « *il est rare, cependant, que sa nationalité soit compétente pour une question de conflit de lois* ».

²²⁴ Graveson, *Conflicts of laws, Private International Law*, 7th ed., Sweet and Maxwell, London, 1974, p. 222 et s. L'auteur remarque que les sociétés étrangères ne peuvent pas battre pavillon britannique.

²²⁵ I. Brownlie, *Principles of public international law*, 4th ed., Oxford, 1990, p. 424 et s., et p. 484 et s.

A/ Les droits nationaux consacrant la nationalité de la société comme facteur de rattachement de la *lex societatis*.

71. Nous avons vu que ce sont essentiellement les Etats d'Europe continentale qui font appel au critère du siège social pour déterminer la nationalité des sociétés. Or, il existe une nuance entre la détermination de la nationalité d'une société et la recherche de la loi qui lui est applicable. Les droits belge (1) et espagnol (2) consacrent la nationalité comme facteur direct de rattachement de la *lex societatis*.

1. Le droit belge.

72. La législation belge ne fait aucunement référence à la nationalité des sociétés, la doctrine a eu recours à cette expression dans son interprétation et son analyse des textes²²⁶. Les articles 196 et 197 des lois coordonnées sur les sociétés disposent que les sociétés sont soumises à la loi de leur principal établissement même si elles ont été constituées à l'étranger. De ces dispositions, la doctrine belge en a déduit que les sociétés sont soumises à leur loi nationale. La doctrine classique belge définit la nationalité des sociétés comme « *le lien qui rattache l'être moral au pays dont la loi régit son statut* »²²⁷. À l'instar d'une partie de la doctrine belge, les auteurs français estiment que « *le premier effet du lien établi est la détermination de la loi applicable* »²²⁸. Par ailleurs, la doctrine belge détermine la nationalité des sociétés en se référant indifféremment au siège social ou au principal établissement, termes qui sont utilisés dans le même sens par les articles 196 et 197 des lois coordonnées sur les sociétés. J. Van Ryn définit le siège social et le principal établissement, en se fondant sur la doctrine classique française, comme « *le centre de l'activité juridique et des affaires de la*

²²⁶ M. Menjucq, thèse préc. Cf. également J. Van Ryn, *Principes du droit commercial*, t. II, éd. Bruylant, Bruxelles, 1957, p. 145 ; P. Arminjon, *Précis de droit international privé*, t. I, 3^{ème} éd., Dalloz, 1957, n° 42 ; F. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, t. I, 2^{ème} éd., Larcier, Bruxelles, 1987, p. 93.

²²⁷ Cour de cassation belge, 12 novembre 1965, *RCJB* 1966, p. 392, note J. Van Ryn.

²²⁸ Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, n° 192, p. 330. Toutefois, l'opinion de ces auteurs sur ce point a évolué puisque cette remarque n'apparaît pas dans la dernière édition de leur ouvrage. Ils sont d'avis que la loi applicable à la société ne devrait dépendre que de la localisation du siège social et non de la nationalité de la société.

société »²²⁹, autrement dit le siège réel. Toutefois, un auteur belge se démarque de la position dominante et affirme que la nationalité des sociétés devrait se déterminer par application de l'article 48 du traité CE (devenue l'article 54 TFUE), sans prendre en considération le siège réel²³⁰.

Cette évolution d'une partie de la doctrine belge vers le critère du siège statutaire répond parfaitement aux impératifs posés par le droit et la jurisprudence de l'Union européenne puisque le siège réel est explicitement désavoué dans le cadre de l'UE même si ces propos doivent être nuancés, en particulier en raison de l'application du droit international privé de chaque Etat membre pour ses relations avec des Etats tiers.

2. Le droit espagnol.

73. Le droit espagnol fait allègrement référence à la nationalité des sociétés, de plus son droit des SA et SARL a été modifié en tenant compte des évolutions apportées par le droit de l'UE²³¹. La question est de savoir si la France suit également cette voie ou si elle reste fermement attachée à la conception classique du siège réel. La réinterprétation de l'article L. 210-3 du Code de commerce et de la jurisprudence française invite nécessairement à retenir le siège statutaire, le siège réel n'intervenant qu'en cas de fraude ou de siège fictif. Le législateur espagnol fait explicitement référence à la nationalité des sociétés dans l'article 28 du Code civil espagnol. Cet article dispose que « *les sociétés, fondations et associations reconnues par la loi et domiciliées en Espagne jouiront de la nationalité espagnole tant qu'elles se conformeront aux dispositions du présent Code* ». Cet article fait référence à la nationalité des sociétés pour déterminer la loi applicable à la société comme l'énonce l'article 9-11° du Code civil espagnol, en disposant que « *la loi personnelle des personnes juridiques est celle*

²²⁹ J. Van Ryn, art. précité.

²³⁰ J. Rigaux, *op. cit.*, n° 138. Cet auteur procède par analogie avec l'arrêt « *Nottebohm* » (CIJ, 6 avril 1955, *Rec.* 1955, p. 4) relatif à la protection diplomatique des personnes physiques et estime que le siège réel ne sert qu'à vérifier la réalité du lien juridique établi et non pas à déterminer la nationalité de la société.

²³¹ M. Menjucq, thèse préc., n° 39.

déterminée par leur nationalité ». En droit espagnol, la localisation du siège social détermine la loi applicable à la société mais aussi sa nationalité. En outre, l'article 5 du Décret-loi royal du 22 décembre 1989 réformant le droit des sociétés anonymes dispose que « *seront espagnoles et seront régies par la présente loi toutes les sociétés anonymes qui auront leur domicile en territoire espagnol (...)* »²³². La nationalité des sociétés est ici assimilée à celle des personnes physiques et constitue le facteur de rattachement de leur statut personnel²³³. La nationalité détermine la loi applicable à la société mais le critère de détermination est propre à ce pays et repose sur une double condition. D'une part, la constitution de la société doit se faire en conformité avec le droit espagnol ; d'autre part, le domicile de la société doit se situer sur le territoire espagnol. Ce double critère de détermination a été dégagé par la doctrine à la lecture de l'article 28 du Code civil espagnol²³⁴. L'article 5, alinéa 1^{er} du Décret-loi de 1989 sur les sociétés anonymes ne contredisait pas ce principe même si sa rédaction pouvait laisser supposer qu'il se référait uniquement au domicile de la société. Pour la doctrine, cet article ne semblait traiter que des sociétés constituées conformément à la loi dont il était issu. Si les sociétés ne réunissaient pas la double condition, elles devaient être considérées comme étrangères. Il en était ainsi « *des sociétés domiciliées à l'étranger, quelle que soit la loi nationale de constitution, comme des sociétés constituées à l'étranger quel que soit le lieu de leur domicile* »²³⁵. Cette interprétation, exigeant que les sociétés soient constituées et possèdent leur siège social sur le territoire espagnol, est remise en cause depuis la réforme introduite par l'article 5 alinéa 1 de la loi du 25 juillet 1989 sur les sociétés anonymes, et reprise par l'article 6 de la loi du 23 mars 1995. L'unique critère de détermination de la nationalité des sociétés est ainsi le domicile. Par conséquent, sont de nationalité espagnole les sociétés domiciliées en Espagne « *quel que soit le lieu où elles se sont constituées* »²³⁶. Ce critère a été posé expressément par la loi espagnole relative aux sociétés anonymes et aux

²³² L'article 6 de la loi n° 2/1995 du 23 mars 1995 relative aux sociétés à responsabilité limitée reprend exactement les mêmes termes.

²³³ R. Uria, *Derecho mercantil*, 14^{ème} éd., M. Pons, Madrid, 1987, p. 139. D'après cet auteur, « *quels que soient les doutes et les hésitations de la doctrine internationale, il faut admettre (en droit espagnol) que les sociétés ont une nationalité comme en ont les individus, la nationalité déterminant la loi qui doit régir sa constitution et son fonctionnement interne (article 9, 11 C. c.)* ».

²³⁴ R. Uria, *op. cit.* ; V. Chulia, *Compendio crítico de derecho mercantil*, t. 1, 3^{ème} éd., Bosch, Madrid, 1991, p. 406 et s.

²³⁵ R. Uria, *op. cit.*, p. 140.

²³⁶ F.-V. Chulia, *op. cit.*, p. 407.

sociétés à responsabilité limitée, mais la doctrine pense que les autres types de sociétés sont toujours soumis au double critère de détermination de la nationalité²³⁷. Par conséquent, sont espagnoles les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée constituées en Espagne mais aussi celles constituées à l'étranger qui viendraient à localiser leur domicile en Espagne, le critère pris en compte par le droit espagnol est celui de la localisation du siège réel de la société sur le sol espagnol. Les articles 5 alinéa 2 de la loi de 1989 et 6 de la loi de 1995 imposent aux sociétés d'avoir leur domicile en Espagne à partir du moment où elles y possèdent leur établissement principal ou leur centre d'exploitation. Dès lors, sont de nationalité espagnole, les sociétés qui possèdent leur siège réel en Espagne, même si elles ont été constituées dans un autre Etat. Le droit espagnol institue une « *véritable naturalisation forcée des sociétés* »²³⁸ puisqu'il impose ses règles à des sociétés constituées sous une autre loi, mais plus encore, contrairement à toute autre législation, il accorde expressément la nationalité espagnole à ces mêmes sociétés. S'agissant du contrôle, celui-ci n'a aucun rôle dans la détermination de la nationalité des sociétés. Tout au plus, il permet au législateur de déterminer la part des participations étrangères dans une société espagnole. Les sociétés domiciliées en Espagne et détenues en partie par des étrangers sont des sociétés de droit espagnol mais elles peuvent être qualifiées de sociétés étrangères par la réglementation sur les investissements directs²³⁹. Concernant le domicile, l'article 7 de la loi de 1995 en donne une définition assez vague qui le rapproche du centre d'exploitation, il s'agit du « *lieu du centre effectif de l'administration et de la direction ou celui du principal établissement ou du centre d'exploitation* ». Une telle définition a pour conséquence que plusieurs lois sont susceptibles de s'appliquer à la société dans la mesure où celle-ci peut posséder une multitude d'établissements situés dans des Etats différents, chacun d'eux pouvant être amené à jouer un

²³⁷ J.-L. Fernandez, *Teoria de las sociedades mercantiles*, éd. Deusto, 1994, p. 100.

²³⁸ M. Menjucq, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, thèse préc., n° 40.

²³⁹ R. Uria, *op. cit.*, p. 142 ; P. Alfredo, « Implantation des entreprises en Espagne : réglementation des investissements étrangers directs en Espagne », *JCP éd. N* 1991, doct., p. 12. Le contrôle intervient seulement en matière de jouissance des droits pour distinguer les sociétés qui sont véritablement espagnoles de celles qui sont étrangères. Le décret-loi du 27 septembre 1986 relatif aux investissements étrangers en Espagne, complété par l'arrêté ministériel du 4 février 1990, qualifie d'investissements étrangers, les investissements réalisés par des sociétés domiciliées en Espagne si elles sont détenues à plus de 50 % de leur capital par des étrangers ou lorsque les participations étrangères sont comprises entre 25 et 50 %, si les étrangers exercent une influence décisive dans leur gestion. En l'absence de contrôle décisif, l'investissement est considéré comme étranger seulement dans la proportion des participations étrangères si elles représentent au moins 25 % du capital de la société.

rôle plus ou moins important selon les intérêts économiques et stratégiques de la société²⁴⁰. Une société peut se constituer dans un Etat étranger où elle possède son siège de direction, mais serait contrainte en raison de l'article 7, d'être domiciliée en Espagne, où elle jouirait de la nationalité espagnole, en raison de la localisation de son centre d'exploitation. La société serait alors soumise à deux lois nationales concurrentes. Il s'agit tout simplement de la référence faite par le législateur espagnol aux différents termes employés par les droits européens pour identifier le siège social de la société, il n'est pas question de considérer que la société puisse avoir une pluralité de lois nationales applicables. Outre le principe d'effectivité du siège, le législateur demeure attaché au principe d'unicité du domicile, il faut donc en tenir compte dans l'interprétation de l'article 7 de la loi de 1995 sur les sociétés anonymes²⁴¹. Si la société en cause a été constituée sur le sol anglais et qu'elle possède en réalité son siège réel en Espagne, la société est soumise à la loi espagnole. Autrement dit, le droit espagnol se réfère au siège réel pour déterminer la loi applicable et la nationalité de la société.

B/ Les droits excluant la nationalité comme critère de rattachement de la loi applicable.

74. Il existe des droits nationaux qui n'accordent aucun rôle à la nationalité des sociétés dans la détermination de la loi applicable. Nous étudierons d'abord le droit italien qui s'est rallié au critère de l'incorporation pour déterminer la *lex societatis* (1), puis nous exposerons la position du droit allemand resté longtemps fermement attaché au siège réel avant de se rétracter s'agissant des sociétés de capitaux et de consacrer le critère de l'immatriculation (2).

²⁴⁰ M. Menjucq, thèse préc., n° 41.

²⁴¹ F. V. Chulia, *op. cit.*, p. 408.

1. Le droit italien.

75. La doctrine italienne se montre réticente à l'idée d'appliquer la nationalité des sociétés comme facteur de rattachement de la *lex societatis*. Il s'agit d'un détour inutile et la notion n'est « *qu'un nomen juris dépourvu de contenu propre, qui sert de pont pour atteindre d'autres critères dont procède, en réalité, la référence à la loi applicable* »²⁴². En outre, d'éminents auteurs font la distinction entre loi applicable et nationalité de la société. Pour M. Ballarino, il est nécessaire de distinguer entre les sociétés italiennes et les sociétés étrangères afin de réserver la jouissance de certains droits aux sociétés nationales²⁴³. Sur ce point, la position du droit italien rejoint celle du droit français. Mais à l'image de la jurisprudence française, la jurisprudence italienne opta pour le critère de la nationalité des sociétés pour déterminer la *lex societatis* à cause du silence du législateur. La Cour de cassation italienne, dans une décision du 26 mai 1969²⁴⁴, a étendu l'article 2 du Code de procédure civile italien aux sociétés en énonçant le principe selon lequel lorsque le contractant est une société, le juge doit substituer au critère de citoyenneté celui de la nationalité de la société. Pour la Cour de cassation italienne, la nationalité est le critère de principe de détermination de la loi applicable. Toutefois, la loi du 31 mai 1995 relative à la réforme du droit international privé italien, abrogeant les articles 2505 et 2509 du *Codice civile*, dispose dans son article 25 que « *les sociétés (...) sont régies par la loi de l'Etat dans le territoire duquel a été accompli le processus de constitution* ». Cet article ne fait pas référence à la nationalité des sociétés, de plus son énoncé est parfaitement bilatéral²⁴⁵. Cette disposition fait de l'incorporation le critère principal de détermination de la loi applicable. Cependant, tout recours au siège réel n'est pas abandonné puisque l'alinéa 2 de l'article 25 de la loi de 1995 reprend la solution de l'article 2505 du Code civil italien et prévoit que « *la loi italienne s'applique si le siège de l'administration est situé en Italie ou si l'objet principal (de la société) se trouve en Italie* ».

²⁴² Ph. Francescakis, *Rev. crit. DIP* 1974, p. 588.

²⁴³ T. Ballarino, « Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé italien », *Rev. crit. DIP* 1996, p. 21, v. spéc. p. 36 et s.

²⁴⁴ *Riv. dir. int. priv. e proc.* 1970, p. 359.

²⁴⁵ M. Menjucq, thèse préc., n° 38. À propos de la réforme du droit italien, v. A. Giardina, « Les caractères généraux de la réforme », *Rev. crit. DIP* 1996, p. 1 ; F. Pocar, « Le droit des obligations dans le nouveau droit international privé italien », *Rev. crit. DIP* 1996, p. 41.

La combinaison des critères peut se révéler difficile, voire même dangereuse pour les sociétés²⁴⁶. La solution serait de maintenir la distinction proposée sous l'empire des règles anciennes par M. Santa Maria²⁴⁷ entre une société ayant son siège réel ou son activité en Italie dès l'origine, de celle qui aurait transférée l'un ou l'autre après sa constitution. Dans le premier cas, la loi italienne serait exclusivement applicable, tandis que dans la deuxième hypothèse, la loi de l'Etat de constitution serait applicable sous réserve de l'ordre public italien²⁴⁸. Cependant, dans un arrêt du 28 juillet 1977, la Cour de cassation italienne n'avait soumis au droit italien que de façon partielle les sociétés constituées à l'étranger mais ayant leur siège réel en Italie²⁴⁹. Elle admit sur le fondement de la réciprocité que la capacité d'une société constituée au Liechtenstein est conférée par « *sa loi nationale* ». La Cour de cassation italienne définit la loi nationale comme la loi du lieu de constitution et de son siège statutaire, elle jugea que la loi italienne s'appliquait uniquement « *pour son activité en Italie et ses rapports avec les tiers* »²⁵⁰.

2. Le droit allemand.

76. La doctrine allemande connaît bien la problématique de la nationalité des sociétés qu'elle identifie sous deux problèmes majeurs, à savoir le rôle de la nationalité des sociétés et le critère de détermination de cette nationalité. S'agissant du rôle de la nationalité des sociétés, la doctrine le cantonne à la jouissance des droits²⁵¹. Pour le droit allemand, il n'y a qu'un seul critère de détermination de la nationalité des sociétés, à savoir le siège réel. Il y a une différence entre le rattachement du statut personnel de la société (*personalstatut*) et la détermination de la qualité de ressortissant de l'Etat allemand qui conditionne la jouissance

²⁴⁶ T. Ballarino, art. précité, p. 38.

²⁴⁷ A. Santa Maria, *Le società nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milan, 1970.

²⁴⁸ H. Batiffol, compte rendu, *Rev. crit. DIP* 1974, p. 583.

²⁴⁹ Cour de cassation italienne, 28 juillet 1977, « *Guerra c. de Plano trust* », *Rev. crit. DIP* 1979, p. 586, comm. T. Ballarino. En l'espèce, il s'agissait d'un *Anstalt*, personne morale fiduciaire.

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ M. Menjucq, thèse préc., n° 45.

des droits. MM. Hefermelh et Kegel²⁵² n'emploient le terme de *staatsangehörigkeit* (« *statut personnel* ») que dans la seconde hypothèse où le siège social est pris directement comme facteur de rattachement. Par ailleurs, ces auteurs se prononcent pour l'adoption du siège réel comme critère de principe de détermination de la nationalité des sociétés pour tous les cas où un texte ne prévoit pas expressément le critère à retenir. B. Goldman y voit l'adoption et la confirmation de la théorie française du siège réel²⁵³. Cependant, en droit allemand, la loi applicable à la société va dépendre directement du siège social. De plus, il existe un courant doctrinal important pour qui la théorie du siège statutaire l'emporte sur celle du siège réel²⁵⁴. Cette opinion a été consacrée par l'Allemagne dans certains traités internationaux comme les conventions d'établissement signées avec les Etats-Unis le 29 octobre 1954 et avec l'Espagne le 23 avril 1970. Toutefois, le Comité pour la réforme du droit international privé allemand ne s'est pas prononcé en faveur de l'incorporation et a préféré opter pour le critère du siège social réel, et ce malgré l'avis contraire du rapporteur Beitzke²⁵⁵. Dans un arrêt de principe du 30 janvier 1970, la Cour fédérale allemande, après avoir rappelé l'existence des théories du siège social et de l'incorporation, se prononce clairement pour le siège réel conformément à la jurisprudence du *Reichgericht*²⁵⁶. En l'espèce, la Cour fédérale devait déterminer la loi applicable à la capacité juridique d'une personne morale fondée au Liechtenstein mais disposant de son siège réel en Allemagne. Partisane du siège réel, la Cour fédérale allemande applique la loi allemande à la capacité juridique de cette société indépendamment du fait que celle-ci se soit constituée à l'étranger. Cette décision importante de la Cour fédérale appelle plusieurs remarques. En effet, à aucun moment elle n'évoque la nationalité des sociétés, et tout comme la doctrine allemande majoritaire, elle adopte le siège réel comme facteur de rattachement de la loi applicable. En outre, la Cour ne reconnaît pas la capacité d'ester en justice de cette société qui, en droit allemand, n'a pas la personnalité morale. La dissociation des sièges réel et statutaire de la société n'a eu aucune influence sur la décision de la Cour

²⁵² Hefelmerh, cité par M. Menjucq, thèse préc. ; et par B. Goldman, *Cours de droit du commerce international*, 1970-1971, p. 39.

²⁵³ B. Goldman, art. précité.

²⁵⁴ M. Menjucq, thèse préc., n° 45. Cet auteur cite la doctrine favorable au critère de l'incorporation : Gessler, Hefermelh, Eckardt et Kropf, *Aktiengesetz*, 1973. Pour ces auteurs, l'incorporation est le critère « *clairement dominant en Allemagne* ».

²⁵⁵ *Rev. crit. DIP* 1974, p. 48, note G. Beitzke.

²⁵⁶ Cour fédérale allemande, 30 janvier 1970, *Rev. crit. DIP* 1974, note G. Beitzke, p. 48 et s.

fédérale allemande, l'examen de la capacité juridique de cet *Anstalt* s'est fait au regard de la loi allemande qui n'accorde pas la personnalité morale à ce type de groupement. Un raisonnement *a contrario* conduirait le droit allemand à reconnaître la capacité juridique de cette société si ce type de personne morale était admis en droit allemand. La conséquence d'une telle jurisprudence est que la Cour fédérale adopterait une position similaire à celle des droits belge, italien ou espagnol qui reconnaissent les sociétés constituées à l'étranger et leurs appliquent leurs propres règles de droit. Toutefois, cette hypothèse n'a pas été confirmée ultérieurement par la Cour fédérale allemande qui reste attachée au seul siège réel dans un arrêt du 21 mars 1986²⁵⁷. Un auteur français pense que la Cour fédérale allemande a été très certainement inspirée par l'idée de fraude à la loi pour retenir l'application de la loi allemande en l'espèce et permettre l'application des règles impératives allemandes²⁵⁸. La Cour s'est effectivement fondée sur l'idée de fraude à la loi, la société en cause était animée par la volonté d'éluder l'application des dispositions impératives du droit allemand. Un autre fondement à cette solution serait de dire que le siège social située au Liechtenstein est fictif, le siège réel de la société se trouvant en Allemagne. Cependant, ces propos ne sont plus applicables aux sociétés de capitaux puisque, depuis 2008, ces dernières sont soumises au critère de l'incorporation.

Conclusion :

77. La première préoccupation, qu'il s'agisse du critère de l'incorporation ou du critère du siège social, est de trouver un critère suffisamment simple pour déterminer le rattachement juridique des sociétés. Le contrôle rend compte de la question de la nationalité en profondeur mais les investigations qu'il impose aux juges sont délicates, multiples et difficilement accessibles. Le siège social, quant à lui, est un critère très simple et facile à mettre en œuvre pour les juges mais il a l'inconvénient de favoriser la fraude à la loi, c'est pourquoi il existe une présomption simple en faveur du siège statutaire. En outre, la nationalité des sociétés

²⁵⁷ Cour fédérale allemande, 21 mars 1986, *NJW* 1986, 2, 194. Arrêt cité par Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, n° 193, note n° 9.

²⁵⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, *Dalloz* 1992, somm., p. 163, note B. Audit.

n'est recherchée qu'en raison des enjeux qu'elle implique pour les Etats, à savoir le contrôle de l'activité internationale des sociétés étrangères mais aussi la volonté de proposer le critère de rattachement juridique le plus pertinent pour ces sociétés. Cela passe nécessairement par le recours au critère du siège statutaire et de l'incorporation. La progression du principe de l'incorporation comme critère de rattachement juridique nous amène également à nous interroger sur la pérennité du siège réel tel qu'il est retenu par certains Etats membres. Devant le régionalisme juridique mis en place par le droit de l'UE, la conception du siège social peut-elle continuer à s'appliquer dans les relations internes à l'Union européenne ? L'avènement du droit de l'UE et des libertés d'établissement et de prestation de services introduit dans le droit des Etats membres de l'Union européenne des bouleversements qui affectent leur conception de la reconnaissance des sociétés étrangères mais seulement à l'égard des sociétés ressortissantes de l'un des Etats membres.

CHAPITRE II : LE TRAITEMENT DES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES PAR LE DROIT FRANÇAIS : RECONNAISSANCE ET JOUISSANCE DES DROITS.

78. Avant de procéder au rattachement juridique de la société, le juge doit s'assurer dans un premier temps que la société est reconnue en France. Il s'agit de savoir si le droit français admet l'existence de sa personnalité morale, c'est-à-dire s'il reconnaît que la société est valablement constituée dans un autre Etat. À défaut de reconnaissance, la société ne peut effectuer aucun acte juridique et ne peut s'y établir. S'agissant des sociétés étrangères, la question est celle de l'étendue de leurs droits. Le préalable à cette question est la reconnaissance de leur personnalité juridique²⁵⁹. Il était donc inévitable que les Etats tentent de se doter d'instruments juridiques, comme des traités ou des accords de reconnaissance mutuelle des sociétés des parties contractantes, pour justement encadrer cette reconnaissance et empêcher que l'activité économique de leurs sociétés ne soit entravée sur le plan international.

L'étude de la question de la capacité juridique des sociétés étrangères, c'est-à-dire de l'étendue de leurs droits (section II), suivra celle de la reconnaissance par le droit français ainsi que par le droit de l'UE, instigateur de grands bouleversements (section I).

Section I : Existence et reconnaissance des sociétés étrangères par le droit français.

79. Pendant longtemps, cette matière a été régie par une vieille loi du 30 mai 1857²⁶⁰ sur la

²⁵⁹ B. Audit, *Droit international privé*, op. cit.

²⁶⁰ La loi du 30 mai 1857 est née suite à un différend entre la Belgique et la France à propos de la reconnaissance de la personnalité juridique d'une société anonyme française. La Cour de cassation belge, dans un arrêt du 10 février 1849, avait refusé de reconnaître la personnalité juridique à une société anonyme française. Cette loi est composée de deux articles : « Article 1 : Les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge et qui l'ont obtenue, peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France, en se conformant aux lois de l'Empire.

Article 2 : Un décret impérial, rendu en Conseil d'Etat, peut appliquer à tous autres pays le bénéfice de l'article 1^{er} ».

reconnaissance des sociétés étrangères, abrogée par la loi du 20 décembre 2007²⁶¹ relative à la simplification du droit. Traditionnellement, le droit français fait une distinction entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux, les premières sont reconnues de plein droit tandis que les secondes sont soumises à un régime plus strict et à un examen au cas par cas.

Nous tenterons tout d'abord de définir la notion de reconnaissance des sociétés étrangères (§ 1), puis nous verrons quelle est la position du droit français à l'égard des sociétés étrangères (§ 2). Enfin, nous étudierons l'impact du droit de l'UE sur la reconnaissance des sociétés ressortissantes d'un Etat membre (§ 3).

§ 1. Définition de la reconnaissance des sociétés étrangères.

80. La société étrangère doit-elle être soumise aux restrictions qui visent les étrangers ? L. Lévy définit la reconnaissance comme « *l'admission sur le territoire national de l'existence et des effets d'une personne juridique (physique ou morale) étrangère* »²⁶². Une telle définition met l'accent sur les deux aspects de la reconnaissance mais elle montre également qu'elle est le préalable à la détermination des droits dont une société étrangère reconnue peut revendiquer l'exercice.

81. La mise en œuvre d'une règle de conflit de lois permet de rattacher une société à un ordre juridique, donc de désigner le droit matériel qui va régir le statut de la société. Mais, dans le même temps, lorsque la société a la personnalité morale ou qu'elle la revendique, il faut nécessairement s'interroger sur sa reconnaissance²⁶³. La chronologie entre les deux mécanismes, à savoir détermination de la loi applicable et reconnaissance de la société étrangère, n'est pas parfaitement claire pour la doctrine : « *rationnellement, avant de désigner la loi applicable à un organisme étranger qui se prévaut d'une existence juridique propre, il faut décider si cette existence est ou non admise, autrement dit, si on la reconnaît ou non en*

²⁶¹ Loi n° 2007/1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, *JORF* n° 0296, 21 décembre 2007, p. 20639.

²⁶² L. Lévy, thèse préc., p. 51.

²⁶³ H. Synvet, *Rép. int. Dalloz*, « Société », n° 13.

termes concrets »²⁶⁴. P. Mayer a délimité plus strictement le domaine de la reconnaissance en le cantonnant à l'admission des effets d'une personne juridique étrangère sur le territoire d'un Etat et en définissant la notion comme « *l'autorisation d'exercer une activité* ». Quant à la question de l'existence d'une société étrangère, il ne s'agirait pas d'un problème de reconnaissance mais de « *compétence internationale des autorités* »²⁶⁵. Dans cette hypothèse, la reconnaissance dépend de la nationalité de la société lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, « *puisque une société peut satisfaire aux exigences du droit applicable, mais ne pas être reconnue en France faute d'un décret collectif ou d'un traité* ». Ainsi, la reconnaissance revêt un caractère politique, dans le sens de la pensée de Niboyet, puisque l'existence ou non d'un texte permet d'accepter ou de refuser toute activité locale aux sociétés d'un Etat étranger.

82. La reconnaissance constitue « *un problème de condition des étrangers, qui ne se pose logiquement (...) qu'une fois constatée (ou supposée, si elle n'est pas contestée) la régularité de la société au regard du conflit de lois* »²⁶⁶. Ce point de vue est à l'opposé de celui de Goldman. Ces différentes définitions reposeraient sur l'importance qui est donnée à l'intervention de l'autorité publique dans la constitution de la société²⁶⁷. Par conséquent, si on admet que l'action de l'autorité publique crée la société, on limite la personnalité morale au territoire sur lequel elle s'est constituée, les autres Etats ne peuvent reconnaître la société que si elle se reconstitue dans le nouvel Etat où elle souhaite exercer une activité. En revanche, si on estime que l'autorité publique n'intervient que pour constater et rendre opposable aux tiers la société, celle-ci étant avant tout la volonté des fondateurs, les autres Etats doivent admettre l'existence de la société sur leur territoire²⁶⁸.

83. Le droit français s'oriente vers la seconde hypothèse, celle d'une reconnaissance *a priori* des sociétés étrangères, puisque le greffier du tribunal de commerce intervient lors de l'immatriculation de la société au registre du commerce pour exercer un contrôle de la légalité

²⁶⁴ B. Goldman, « Le projet de convention entre les Etats membres de la CEE sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales », in *Rabels Zeitschrift*, 1967, p. 205. Pour l'auteur, « cela signifie, par exemple, avant de désigner, selon le droit international privé français, la loi qui devra régir le fonctionnement d'une société constituée en Allemagne, il faudra décider si une telle société peut ou non être considérée, en France, comme apte à être titulaire de droits et d'obligations ».

²⁶⁵ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 1035 et 1053 et s.

²⁶⁶ C.A. Rennes, 8 juillet 1981, *Rev. crit. DIP* 1982, v. p. 87, note P. Mayer.

²⁶⁷ M. Menjucq, *op. cit.*, n° 54.

²⁶⁸ J. Béguin, « Un texte à abroger : la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères », in *Mélanges C. Champaud*, Dalloz, Paris, 1997, p. 1.

de la constitution mais la vérification ne s'opère qu'à partir des pièces requises pour la demande d'immatriculation. Une société étrangère ne veut pas forcément dire société de nationalité étrangère. La question de la reconnaissance suppose que l'on soit en présence d'une société constituée selon une loi étrangère qui lui confère des attributs correspondant à ce que le droit français qualifie de personnalité juridique²⁶⁹. Ainsi, la question de la reconnaissance et du conflit de lois se pose dans des contextes différents. Une société étrangère non reconnue est réputée, du point de vue du droit français, ne pas constituer un sujet de droit. Les tiers sont nécessairement concernés puisqu'ils sont susceptibles d'entretenir des relations commerciales avec la société étrangère, indépendamment de tout litige relatif à sa constitution ou son fonctionnement. Nous savons que les sociétés étrangères n'ont d'existence en France que si leur personnalité juridique est reconnue. Par conséquent, la reconnaissance dépend de la personnalité morale conférée à de tels groupements. Deux courants doctrinaux s'opposent : tout d'abord, pour les partisans de la théorie de la fiction, la personnalité juridique des sociétés n'aurait pas de valeur hors du territoire soumis à sa compétence législative. Une société créée en Belgique n'aurait pas d'existence juridique en France. Ces auteurs favorables à la fiction refusent une reconnaissance de plein droit aux sociétés étrangères. Pour acquérir la personnalité juridique, ces sociétés doivent être reconnues officiellement par l'autorité publique française²⁷⁰. En revanche, si l'on admet la réalité des personnes morales, il n'y aurait aucun problème pour les partisans de cette théorie. L'analogie est faite avec les personnes physiques qui ne perdent pas leur personnalité juridique du seul fait de quitter leur Etat, il faut donc reconnaître de plein droit une personne morale en territoire étranger²⁷¹. Comme l'a très bien exposé Niboyet²⁷², le problème de la reconnaissance est surtout une question d'opportunité politique : dans un souci de protection des intérêts français à l'étranger, la reconnaissance des sociétés étrangères est admise ou rejetée sans se soucier de la nature fictive ou réelle de la personne morale.

²⁶⁹ H. Synvet, *Rép. int. Dalloz*, « Société », n° 16.

²⁷⁰ H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, t. 1, 8^{ème} éd., LGDJ, 1993, n° 200, p. 351. Dans le même sens : Cass. 2^{ème} civ., 28 janv. 1954, *Dalloz* 1954, note Levasseur.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² Niboyet, *Cours de droit international privé*, 2^{ème} éd., Sirey, Paris, 1949, n° 356, p. 319.

84. Les théories de la fiction et de la réalité seraient aujourd'hui supplantées par la théorie qui considère la personne morale comme une simple technique juridique²⁷³ et qui ne semble pas s'opposer à la reconnaissance *de plano* de la personnalité juridique des sociétés étrangères. D'éminents auteurs remarquent que, quelle que soit la théorie retenue pour la reconnaissance de la personnalité morale, il n'y a pas de réponse automatique²⁷⁴. L'idéal serait d'adopter une position intermédiaire entre fiction et réalité de la personne morale²⁷⁵. D'une part, la théorie de la fiction ne devrait pas interdire aux personnes morales de produire des effets au-delà de leur territoire de naissance car dans les relations internationales, la reconnaissance des fictions juridiques est acceptée ; d'autre part, la réalité n'entraîne pas automatiquement la reconnaissance qui est un problème politique autant que juridique. En pratique, deux obstacles peuvent entraver la reconnaissance d'une société étrangère. Tout d'abord, l'Etat sur le territoire duquel souhaite s'implanter la société en vue d'y exercer une activité peut refuser de la reconnaître pour des motifs d'ordre public. Cette société peut avoir un objet illicite, un but ou une activité contraire à l'ordre public ou bien ne pas respecter certaines dispositions impératives du droit de l'Etat d'implantation. Ensuite, il se peut que le pays d'accueil ne connaisse pas le type de société correspondant au groupement étranger ou alors il le reconnait mais lui accorde une capacité juridique plus réduite.

§ 2. La position du droit français à l'égard des sociétés étrangères.

85. En matière de reconnaissance des sociétés étrangères, les solutions du droit positif français ont toujours été plus rigoureuses vis-à-vis des sociétés anonymes que des sociétés de personnes. Dans le système du siège réel, la régularité de l'immatriculation selon le droit de l'Etat de constitution n'est pas suffisante pour que la société soit valablement créée, il faut en outre que son siège réel se situe dans cet Etat. Ce système conduit à ne reconnaître une société qu'après vérification de la compétence de la loi étrangère par la localisation du siège réel sur

²⁷³ Y. Loussouarn et M. Trochu, *Jcl. sociétés*, fasc. n° 28-60, n° 9.

²⁷⁴ Ripert et Roblot (actualisé par M. Germain), *Traité de droit commercial*, t. I, 19^{ème} éd., 2009, LGDJ, Paris, 994 p., v. n° 1146, p. 126.

²⁷⁵ M. Menjcuq, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, n° 55.

le territoire de cet Etat. La reconnaissance supposerait une condition supplémentaire résidant dans l'implantation du siège réel dans l'Etat de constitution. En revanche, une société valablement incorporée dans un Etat retenant le système d'incorporation mais ayant son siège réel dans un autre pays, ne serait pas reconnue comme une société rattachée à son Etat de constitution ni comme une société valablement rattachée à un autre Etat²⁷⁶.

Après avoir exposé brièvement la solution retenue s'agissant de la reconnaissance des sociétés de personnes (A), nous nous attarderons sur la reconnaissance des sociétés de capitaux qui a fait l'objet d'une vieille loi de 1857 ayant mis à mal la cohérence du système français de reconnaissance des sociétés étrangères avant son abrogation passée presque inaperçue en 2007 (B).

A/ Les sociétés de personnes : une reconnaissance de plein droit par la jurisprudence.

86. Le droit positif français connaissait une dualité de règles, les sociétés de personnes étant soumises à un régime différent de celui des sociétés de capitaux. S'agissant des sociétés de personnes, la jurisprudence a toujours fait preuve d'un grand libéralisme. Le principe de leur reconnaissance a toujours été admis²⁷⁷. Batiffol et Lagarde ont fait remarquer que les textes intervenus en matière de sociétés anonymes et leurs caractères restrictifs confirment, *a contrario*, ce libéralisme²⁷⁸. Depuis le XIX^{ème} siècle, aucune formalité particulière n'est nécessaire à la reconnaissance des sociétés de personnes. Dans un arrêt du 7 septembre 1994, la Cour d'appel de Paris a considéré que selon le droit de l'Etat de New York, chaque membre d'un *partnership* a le droit de représenter le groupement en ce qui concerne la conduite normale de ses affaires, sauf limitation expresse ou de fait connue des tiers²⁷⁹. En vertu de la Convention d'établissement signée le 25 novembre 1959 entre la France et les Etats-Unis, les

²⁷⁶ M. Menjucq, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, thèse préc., n° 56.

²⁷⁷ Cass. crim., 12 novembre 1990 ; civ. 1^{ère}, 25 juin 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 667, note G. Khairallah ; Com., 15 novembre 1994, *Bull. civ. IV*, n° 335 ; D. 1995, inf. rap., p. 1 ; Cass. com., « Bicigui », 8 juillet 2003, *Bull. civ. IV*, n° 121 ; *Bull. Joly* 2003, p. 1179, note M. Menjucq.

²⁷⁸ Batiffol et Lagarde, *op. cit.*

²⁷⁹ C.A. Paris, 7 septembre 1994, *D.* 1994, inf. rap., p. 244.

partnerships américains disposent de la personnalité morale en France. La société américaine de type *partnership* peut valablement ester en justice et diligenter toute procédure d'exécution pour obtenir paiement des sommes dues en vertu de décisions judiciaires définitives. En outre, le droit positif français n'a jamais contesté la personnalité juridique des sociétés de personnes étrangères, même celles de sociétés unipersonnelles inconnues de la loi française²⁸⁰. Toutefois, la loi étrangère accorde elle-même la personnalité juridique à la société considérée. Si la loi étrangère lui dénie la personnalité juridique mais lui accorde certains effets, comme la possibilité d'ester en justice, les tribunaux français doivent en tenir compte et considérer que ces caractères répondent à la qualification de la loi française de la personnalité juridique.

La question de la reconnaissance des sociétés de capitaux semblait connaître le même libéralisme de la part de la jurisprudence mais une décision de la Cour de cassation belge changea la donne et conduisit les juges français à revoir leur position et à envisager une reconnaissance au cas par cas.

B/ Les sociétés de capitaux : une reconnaissance au cas par cas.

87. Le début du XIX^{ème} siècle fut marqué par un libéralisme jurisprudentiel semblable à celui qui règne en matière de sociétés de personnes²⁸¹. La position des tribunaux français était de reconnaître de plein droit la personnalité juridique des sociétés anonymes constituées à l'étranger. Cette tendance était d'autant plus surprenante que l'article 37 du Code de commerce exigeait une autorisation administrative pour la constitution en France d'une société anonyme et l'administration prétendait appliquer cette règle aux sociétés étrangères agissant en France. Mais cette solution fut modifiée suite à un incident dans les relations franco-belges. La décision de la Cour suprême belge de revenir sur sa position libérale, identique à celle de la jurisprudence française, entraîna l'adoption de la loi du 30 mai 1857 relative à la reconnaissance des sociétés belges et étrangères (1). Cette loi de 1857 régit

²⁸⁰ Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, n° 200, p. 352.

²⁸¹ Niboyet, *Traité de droit international privé français*, t. II, Sirey, 1951, n° 798 ; Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, t. 1, n° 201.

pendant très longtemps la matière de la reconnaissance des sociétés étrangères, mais ses solutions furent remises en cause par la Cour de cassation en recourant à la Convention européenne des droits de l'homme (2). Suite aux nombreux assauts de la doctrine et même à la demande de la Cour de cassation dans son rapport annuel pour 2003, cette loi a été finalement abrogée en 2007 (3).

1. La solution du droit français sous l'empire de la loi du 30 mai 1857 : la reconnaissance fondée sur la réciprocité.

88. La Cour de cassation de Belgique décida par un arrêt inattendu du 8 février 1849 qu'une société anonyme française n'avait pas la personnalité juridique en Belgique²⁸². Cette décision impressionna les milieux d'affaires qui craignaient pour leurs activités en Belgique et la possibilité d'ester en justice. Les négociateurs du traité de commerce franco-belge du 27 février 1854 tentèrent de remédier à ces difficultés juridiques, ils annexèrent au traité une déclaration constatant l'engagement du gouvernement belge de présenter au parlement un projet de loi remédiant à ce problème, sous réserve de réciprocité de la part de la France. Le 14 mars 1855, une loi belge concrétisa cette déclaration. Elle fut suivie d'effet en France deux ans plus tard par l'adoption de la loi du 30 mai 1857 qui a soulevé toute une série de difficultés relatives à son interprétation et à son domaine d'application. Cette loi devait-elle s'appliquer aux seules sociétés belges ou à l'ensemble des sociétés étrangères ?

89. La loi du 30 mai 1857 reconnaît, dans son article 1^{er}, aux sociétés anonymes belges la personnalité juridique en France sous la forme de la faculté « *d'exercer tous leurs droits et d'ester en justice* ». L'article 2 ajoute qu'un « *décret impérial rendu en Conseil d'Etat peut appliquer à tous autres pays le bénéfice de l'article 1^{er}* »²⁸³. Au regard des dispositions de la

²⁸² Cour de cassation belge, 8 fév. 1849, *Pasicrisie*, 1849. 1. 221.

²⁸³ La nécessité d'une autorisation a disparu depuis en Belgique et en France, mais la loi de 1857 reste applicable aux sociétés anonymes quelle que soit leur nationalité. Il faut souligner que la loi belge du 14 mars 1855 a été remplacée par une loi du 18 mai 1873 (devenue l'article 196 de la loi coordonnée sur les sociétés) qui reconnaît de plein droit et sans condition de réciprocité « *les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières constituées et ayant leur siège en pays étranger* ». V. F. Rigaux et M. Fallon, *Droit*

loi de 1857, les sociétés anonymes étrangères n'ont plus de plein droit la personnalité morale en France : un décret pris en Conseil d'Etat doit l'accorder à l'ensemble des sociétés de même nationalité²⁸⁴. Par conséquent, ce système original mis en place par cette loi supposerait l'examen par chaque décret de la législation étrangère concernée pour savoir si elle offre des garanties équivalentes aux sociétés françaises. En pratique, un grand nombre de décrets ont été pris²⁸⁵. Certains pays qui n'en bénéficiaient pas ont pu invoquer la clause de la nation la plus favorisée pour se voir reconnaître la personnalité juridique de leurs sociétés. L'article 2 de la loi de 1857 soucieux d'éviter que la mésaventure née du changement de position de la Cour de cassation belge ne se reproduise à l'égard des sociétés anonymes des autres Etats a suscité plus de problèmes qu'il ne régla la matière pour l'avenir. Il fallait adopter un décret d'application pour chaque Etat étranger en vue de reconnaître ses sociétés. Cependant, les sociétés de certains Etats sont restées en dehors du dispositif et du bénéfice de telles dispositions²⁸⁶. Cela est d'autant plus gênant pour le commerce international qu'une société étrangère valablement constituée et reconnue par sa loi nationale ne peut pas exercer d'activités en France. Par ailleurs, Batiffol et Lagarde faisaient remarquer que la forte augmentation du nombre d'Etats depuis le milieu du XX^{ème} siècle et le vaste mouvement de décolonisation a conduit à rendre encore plus caduc et dépassé le système de reconnaissance des sociétés anonymes étrangères Etat par Etat²⁸⁷.

90. Une autre difficulté résultant de l'adoption de la loi du 30 mai 1857 a porté sur la question de son champ d'application. Le litige à l'origine de la non reconnaissance d'une société anonyme française par la Cour de cassation belge est dû au fait que le Code de commerce belge, tout comme le Code de commerce français, impose une autorisation du gouvernement pour créer valablement une société anonyme. Selon l'article 37 du Code de

international privé, t. II, coll. Précis de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Larcier, 1993, n° 1579.

²⁸⁴ Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, n° 201.

²⁸⁵ Niboyet, *op. cit.*, t. II, n° 805. Cet auteur dénombrera 19 décrets collectifs d'application pris de 1859 à 1924 : notamment le décret du 8 septembre 1860 concernant les sociétés italiennes, le décret du 27 février 1861 concernant les sociétés du Luxembourg, le décret du 22 juillet 1863 concernant les sociétés hollandaises.

²⁸⁶ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. II, partie spéciale, 2^{ème} éd., coll. Thémis droit, PUF, 2010, Paris, 523 p., n° 1047, p. 444.

²⁸⁷ Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, n° 201.

commerce de 1807, les sociétés anonymes françaises étaient soumises à un strict contrôle et ne pouvaient « *exister qu’avec l’autorisation du gouvernement, et avec son approbation pour l’acte qui l’a constitue* ». Toutefois, la jurisprudence pensait que ce texte ne faisait pas obstacle à la possibilité pour les sociétés étrangères d’exercer une activité en France, sans avoir besoin d’obtenir une autorisation imposée aux seules sociétés françaises. « *Le droit français assumait donc cette espèce de paradoxe reposant sur un régime plus libéral à l’égard des sociétés étrangères que des sociétés françaises (...) jusqu’à un incident franco-belge (...)* »²⁸⁸. La Cour de cassation belge interpréta la même disposition dans un sens contraire, ce qui aboutissait à une discrimination des sociétés françaises qui ne pouvaient pas exercer librement leurs activités en Belgique alors que les sociétés belges le pouvaient en France.

91. Un doute est apparu concernant l’applicabilité de la loi de 1857 aux sociétés à responsabilité limitée (SARL)²⁸⁹. Toutefois, la loi de 1857 est d’interprétation restrictive, elle ne concerne que les sociétés de capitaux. De plus, les SARL se rapprochent nettement plus des sociétés de personnes en raison du caractère familial et de l’*intuitu personae* qui prédominent au sein de tels groupements. Cette position a été retenue par la jurisprudence dans un arrêt de la Cour d’appel de Rennes du 8 juillet 1981²⁹⁰. La Cour d’appel constate que la loi du 30 mai 1857 ne s’applique qu’aux sociétés de capitaux et ne doit pas être étendue aux SARL.

2. Interprétation des dispositions litigieuses de la loi du 30 mai 1857.

92. L’article 1^{er} de la loi de 1857 vise explicitement les sociétés belges qui sont reconnues en France alors que les sociétés étrangères doivent bénéficier à leur tour d’une reconnaissance explicite par le gouvernement français. De manière implicite, la loi de 1857 concernait les critères de détermination de la nationalité des sociétés. Il s’agit en effet de rechercher la loi

²⁸⁸ D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*, n° 1046.

²⁸⁹ Loussouarn et Bredin, *op. cit.*, n° 287, p. 315.

²⁹⁰ C.A. Rennes, 8 juillet 1981, *Rev. crit. DIP* 1982, p. 81, note P. Mayer.

applicable à la société pour déterminer son statut juridique. L'article 2 de la loi de 1857 vise les sociétés étrangères autres que belges. La reconnaissance d'une société étrangère ne doit pas être confondue avec le droit d'établissement. Le droit d'établissement est la possibilité laissée à une société étrangère « *de se fixer à demeure à titre principal ou secondaire, dans un pays autre que le sien, pour y exercer son activité* »²⁹¹. La reconnaissance conditionne donc le droit d'établissement. Après avoir reconnu de plein droit *per legem* les sociétés anonymes belges présentes et futures, l'article 2 met en place le principe de réciprocité de la reconnaissance des sociétés étrangères²⁹². Le dispositif de réciprocité mis en place par la loi de 1857 a pour but de séparer les sociétés étrangères selon qu'elles sont reconnues ou non par le droit international privé français. L'article 2 témoigne en réalité d'une volonté manifeste du gouvernement de contrôler si les législations étrangères offrent des garanties suffisantes aux sociétés françaises en raison du principe de réciprocité²⁹³. Ce contrôle se justifiait en raison du caractère très rudimentaire que pouvait revêtir dans certains Etats le droit des sociétés de capitaux, en ne prévoyant pas, par exemple, des garanties suffisantes pour les associés en cas de litige. Mais aujourd'hui ce contrôle semble dépassé et le droit des sociétés, dans la plupart des Etats, offre certaines garanties. Selon Batiffol, cette position n'était plus du tout réaliste²⁹⁴. On peut aussi faire remarquer que l'Etat français ne court pas beaucoup de risques à reconnaître *de plano* la personnalité juridique des sociétés anonymes étrangères. En outre, il est tout à fait possible pour l'Etat de restreindre ou même d'interdire l'activité des sociétés étrangères sur son sol en ayant recours au critère du contrôle pour réserver l'exercice de certains droits aux seules sociétés françaises.

²⁹¹ Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, *Droit commercial européen*, 5^{ème} éd., précis Dalloz, éd. Dalloz, 1994, Paris, n° 71, p. 92.

²⁹² J. Béguin, « Un texte à abroger : la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères », in *Mélanges C. Champaud*, Dalloz, Paris, 1997, n° 13, p. 6.

²⁹³ Batiffol, *Traité*, *op. cit.*, n° 201, p. 237.

²⁹⁴ Batiffol, *Traité*, *op. cit.*, n° 200, p. 235. Cet auteur souligne « *le caractère verbal, à moins qu'il ne soit intentionnellement répressif, de la négation de la réalité que constitue l'activité d'une société à travers la négation de sa personnalité juridique* ». Il ajoute que « *la négation d'une réalité n'est pas d'une bonne méthode juridique, ni même simplement intellectuelle. La protection contre l'activité des sociétés étrangères peut donc s'effectuer par le refus des droits qu'on ne veut pas leur voir exercer, au besoin par la nécessité d'une autorisation pour agir en France, à défaut de laquelle des sanctions pénales seraient encourues* ».

Consciente que le système introduit par la loi du 30 mai 1857 était dépassé et particulièrement contraignant pour des sociétés étrangères valablement créées dans leur Etat d'origine, la jurisprudence limita et restreignit le champ d'action de cette loi.

3. Le contournement de la loi de 1857 par la jurisprudence française.

93. Les sociétés, dont les Etats n'ont pas bénéficié de décrets collectifs ou qui n'ont pas signé de conventions avec la France, n'avaient pas la personnalité juridique. Elles ne pouvaient ester en justice pour demander réparation d'un dommage subi²⁹⁵. Mais la jurisprudence a dû leur reconnaître une capacité juridique passive pour permettre aux plaignants de nationalité française d'obtenir la condamnation de la société étrangère²⁹⁶. Cette loi très contraignante pour l'activité en France d'une société étrangère non reconnue a conduit la jurisprudence à réformer le droit français de la reconnaissance des sociétés étrangères. Une société étrangère pouvait être condamnée à indemniser un plaignant français mais ne pouvait pas, à son tour, obtenir réparation d'un préjudice subi comme la non-exécution d'un contrat ou la défaillance d'un débiteur français. Une analyse doctrinale a ajouté une seconde condition à la reconnaissance des sociétés étrangères tenant à la présence du siège réel de la société concernée sur le territoire de l'Etat dont la loi a été observée lors de la constitution²⁹⁷. C'est tout simplement une transposition, dans le domaine de la reconnaissance, du critère du siège réel pris comme élément de rattachement, selon l'analyse traditionnelle en matière de conflits de lois. Certains auteurs considèrent²⁹⁸ que « *si, la société, constituée selon la loi d'un pays, ayant son siège social réel dans un autre, elle ne serait reconnue ni comme société dont elle a suivi la loi pour se former, ni comme société du pays où elle a son siège réel* ». Cependant, la possibilité d'un refus de reconnaissance pour cause de dissociation des siège réel et statutaire affleure parfois mais la Cour de cassation ne l'a jamais positivement admis²⁹⁹. Ces causes de

²⁹⁵ Cass. req., 1^{er} août 1960, *Sirey* 1960.I.865.

²⁹⁶ C.A. Aix-en-Provence, 3 juill. 1952, *Rev. crit. DIP* 1953, p. 842.

²⁹⁷ H. Synvet, *Rép. int. Dalloz*, « Société », n° 18.

²⁹⁸ B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, *Droit commercial européen*, 5^{ème} éd., 1994, Dalloz, Paris, p. 91, n° 70.

²⁹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 26 nov. 1975, *Bull. civ. I*, n° 345, *Rev. sociétés* 1976, p. 528, note J.-L. Bismuth.

non-reconnaissance des sociétés étrangères non visées par un décret bilatéral ou une convention internationale ont été vigoureusement combattues par la jurisprudence de la Cour de cassation sur la base de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, et par le droit de l'UE qui a apporté une forte contribution à la liberté d'établissement des sociétés issues des Etats membre de l'Union européenne sur le fondement des articles 49 et 54 TFUE. Le plus important consistait à interpréter de manière extensive la condition de reconnaissance et à permettre aux sociétés dont le pays ne bénéficie pas d'un décret collectif d'invoquer les traités consacrant le même avantage, notamment la clause de la nation la plus favorisée³⁰⁰. Les autres correctifs mis en œuvre consistaient en une interprétation restrictive du principe de la non-reconnaissance, ou bien à multiplier les obstacles à l'application effective du principe. L'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 5 décembre 1989 se situe dans cette optique.

a) L'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 5 décembre 1989.

94. Dans cet arrêt, la Chambre commerciale s'attache à des considérations d'ordre procédural pour reconnaître à une société du Qatar le droit d'ester en justice³⁰¹. L'arrêt du 5 décembre 1989 va plus loin dans la mesure où il oppose deux sociétés étrangères non reconnues en France. En l'espèce, la Cour de cassation refuse à une société anonyme étrangère non reconnue des Emirats Arabes Unis la possibilité de dénier, sur la base de la loi du 30 mai 1857, « *le droit d'ester en justice, en invoquant le fait qu'il s'agissait d'une société étrangère n'ayant pas la personnalité morale en France* ». La société anonyme des Emirats Arabes Unis avait eu une attitude contradictoire, puisqu'elle avait initialement été en position de demanderesse et qu'ensuite, elle avait prétendu dénier le droit à la société anonyme du Qatar de faire de même. G. Khairallah note que « *seule une hostilité à la loi de 1857 permet de justifier l'arrêt* »³⁰².

³⁰⁰ Cass. com., 5 déc. 1989 ; Cass. crim., 12 nov. 1990 ; Cass. civ., 1^{ère} 25 juin 1991, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 667, note G. Khairallah.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 673.

³⁰² G. Khairallah, note préc.

b) Les arrêts rendus par la Chambre criminelle et par la première Chambre civile les 12 novembre 1990 et 25 juin 1991.

95. Dans l'arrêt du 12 novembre 1990, la Cour a réaffirmé le maintien en vigueur du dispositif instauré par la loi du 30 mai 1857³⁰³. La loi de 1857 pouvait toujours à l'époque être invoquée devant les juges pour faire constater la non-reconnaissance de la personnalité morale d'une société anonyme étrangère. Il suffisait d'apporter la preuve que cette société était ressortissante d'un pays pour lequel le Gouvernement français n'avait pas pris de décret collectif conformément à l'article 2 de la loi de 1857. Dans la première espèce, il s'agissait de permettre à la société étrangère *Extraco* de se constituer partie civile dans une instance pénale où elle se prétendait victime d'une infraction. Dans la seconde affaire, la première Chambre civile a admis la société étrangère non reconnue à agir en justice en vue d'obtenir le remboursement d'un prêt qu'elle avait consenti à des débiteurs établis en France. Il semblerait que ce soit la première fois que la Cour de cassation applique la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour écarter l'application de la loi du 30 mai 1857³⁰⁴ dans la mesure où elle prive une société anonyme étrangère du droit d'ester en justice.

96. Deux droits fondamentaux peuvent aisément être étendus aux personnes morales, il s'agit du droit au respect des biens et le droit d'ester en justice. Par conséquent, la Cour de cassation a fait référence au droit du respect des biens et au droit d'ester en justice des sociétés étrangères pour faire échec à la loi de 1857. En l'espèce, la première Chambre civile approuva la Cour d'appel d'avoir « *décidé que toute personne morale, quelle que soit sa nationalité, pouvait agir en justice pour la protection de ses biens et intérêts* ». Par ailleurs, dans un arrêt du 15 novembre 1994³⁰⁵, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé qu'« *aucune distinction n'est faite par la Convention selon que la personne morale a ou non la nationalité d'un Etat contractant* », elle en déduit qu'une société ayant son siège social dans un Etat non partie à la Convention européenne avait la capacité d'agir en justice devant les

³⁰³ J. Béguin, art. précité, n° 18, p. 8.

³⁰⁴ G. Khairallah, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, *Rev. crit. DIP* 1991, v. spéc. p. 674 ; F. Vinckel, « La capacité des sociétés et le droit au procès équitable », *Bull. Joly* 2002, p. 192.

³⁰⁵ *Bull. civ. IV*, n° 335 ; *D.* 1995, inf. rap., p. 1.

juridictions françaises. Cette solution a aussi été adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt « *Bicigui* » du 8 juillet 2003³⁰⁶ à propos d'une société de droit guinéen dont la capacité d'agir en justice a été reconnue par la Cour de cassation. Sur ce point, la jurisprudence française est en harmonie avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme³⁰⁷. C'est en raison du lien entre une société et son Etat national non bénéficiaire d'un décret collectif ou d'une convention internationale bilatérale que celle-ci n'est pas reconnue en France et ne peut y agir en justice selon la loi du 30 mai 1857. La Cour de cassation a donc jugé qu'au regard de l'article 55 de la Constitution, la loi de 1857 est contraire aux dispositions d'un traité supérieur aux normes internes, en l'occurrence la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Peu importe la nationalité de la société et l'existence ou non d'un décret ou d'une convention bilatérale avec son Etat d'origine, celle-ci peut agir pour la protection de ses intérêts. La loi du 30 mai 1857 cessa d'être applicable aux sociétés anonymes étrangères s'agissant du droit d'accès aux tribunaux français. Mais comme le fait valoir H. Synvet, le régime de la reconnaissance allait bien au-delà de la simple question du droit d'ester en justice³⁰⁸. La loi de 1857 avait également des répercussions sur l'activité juridique des sociétés anonymes non reconnues et sur la possibilité d'acquérir des droits réels comme le droit de propriété. En réalité, la Cour de cassation a énoncé que la société peut ester en justice pour assurer la protection de ses biens et intérêts ou pour se constituer partie civile. Elle n'a pas envisagé la question de la jouissance des droits par la société étrangère non reconnue.

La Cour de cassation réclamait à son tour l'abrogation de la loi du 30 mai 1857. Dans son rapport annuel pour 2003³⁰⁹, elle a fait figurer au titre de ses suggestions au législateur l'abrogation de cette loi. Ce sera chose faite par le législateur en 2007.

³⁰⁶ Cass. com., 8 juill. 2003, *Bull. civ.* IV, n° 121 ; *Bull. Joly* 2003, p. 1179, note M. Menjucq.

³⁰⁷ H. Synvet, *Rép. int. Dalloz*, « société », n° 20. Dans un arrêt du 16 décembre 1997, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé que le refus de reconnaître la personnalité juridique à une église catholique grecque porte atteinte à son droit à un tribunal. V. Cour EDH, 16 décembre 1997, « *Eglise catholique de la Canée c/ Grèce* », *Rec.* 1997-VIII, n° 60, p. 2843.

³⁰⁸ H. Synvet, *Rép. int. Dalloz*, « Société », n° 21.

³⁰⁹ Rapport 2003 de la Cour de cassation, « *L'égalité* », p. 16. En ce sens, J. Béguin, art. précité. *Contra* : G. Khairallah, note sous Cass. com., 8 juillet 2003, *D.* 2004, p. 692.

C/ L'abrogation de la loi du 30 mai 1857 par la loi du 20 décembre 2007 : l'apparition d'un vide législatif en matière de reconnaissance des sociétés étrangères.

97. Vidée de sa substance par la jurisprudence de la Cour de cassation et faisant l'objet de vives critiques de la part de la doctrine, la loi du 30 mai 1857 relative à la reconnaissance des sociétés anonymes étrangères fut finalement abrogée par la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit³¹⁰. Cette loi de 1857, qui au départ n'était censée concerner que les sociétés belges, bouleversa totalement le système français très libéral de reconnaissance des sociétés étrangères. Les effets de la loi du 30 mai 1857 auraient pu, à défaut d'abrogation, être neutralisés par une interprétation littérale de cette loi³¹¹. En replaçant l'adoption de cette loi dans son contexte historique, on aurait pu aisément annuler ses effets juridiques, à savoir la nécessité d'un décret collectif pour reconnaître la personnalité juridique des sociétés anonymes étrangères autres que belges. Désormais, toutes les sociétés étrangères sont reconnues en France. La condition de réciprocité fixée par la loi du 30 mai 1857 disparaît également³¹². Cependant, cette abrogation nécessaire et souhaitable de longue date peut avoir des effets indésirables. Actuellement, aucune règle juridique n'encadre l'activité des sociétés étrangères et il n'existe pas de garantie de réciprocité pour les sociétés françaises exerçant une activité sur le territoire de l'Etat dont les sociétés sont reconnues en France. De plus, en dehors du cadre des matières réglementées, il n'y pas de contrôle sur l'activité des sociétés étrangères³¹³. Le principe de réciprocité risque de souffrir de l'absence de règles juridiques claires et précises en la matière. En effet, reconnaître toutes les sociétés étrangères *a priori* pourrait poser certaines difficultés. Des sociétés étrangères de capitaux pourraient exercer une activité en France alors que leur loi nationale de constitution est plus laxiste que la loi française. Une telle hypothèse pourrait nuire à la protection des tiers. Déjà en 1950, la Commission de réforme du Code civil consciente de ce problème avait préconisé une nouvelle rédaction de la loi du 30 mai 1857. Elle proposait la rédaction d'un article unique qui

³¹⁰ Art. 27, II, 4° de la loi n° 2007-1787 du 20 déc. 2007, *JORF* n° 0296, 21 décembre 2007, p. 20639.

³¹¹ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 61.

³¹² R. Crône, « Reconnaissance des sociétés étrangères en France : une simplification attendue », *Deffrénois* n° 14/08, n° 18807, p. 1546.

³¹³ D. Bureau, « Feu la loi du 30 mai 1857 », *Rev. crit. DIP* 2008, n° 1, p. 161 et s.

disposerait que « *la personnalité morale, conférée par la loi du pays de leur création, leur est de plein droit reconnue en France avec les effets fixés par la loi* »³¹⁴.

98. Pour R. Crône, une autre rédaction possible aurait été de dire que « *la personnalité morale des sociétés étrangères est reconnue de plein droit, sans préjudice des règles particulières auxquelles le droit français soumet leur activité* »³¹⁵. Cette formulation anodine de prime abord soulignerait que l'activité des sociétés étrangères reconnues désormais de plein droit en France serait, néanmoins, soumise aux règles impératives du droit français ainsi qu'aux lois de police. Ainsi, une société anonyme créée dans un Etat dont la législation concernant la protection des tiers ne pourrait pas invoquer ses dispositions nationales pour échapper à l'application des lois françaises de protection des tiers. Malgré ces critiques, la reconnaissance automatique des sociétés anonymes étrangères est une nécessité compte tenu des profonds bouleversements affectant l'économie internationale. À l'heure de la mondialisation et de l'imbrication croissante des économies nationales, la reconnaissance des sociétés anonymes étrangères est une source de simplification de la vie des affaires. L'abrogation de la loi de 1857 relative à la reconnaissance des sociétés étrangères aurait dû s'accompagner de mesures destinées à encadrer l'activité des sociétés tiers à l'Union européenne. En raison des principes du droit de l'UE de reconnaissance mutuelle et de non discrimination, la reconnaissance des sociétés étrangères ne concerne que les sociétés émanant d'Etats tiers à l'Union européenne. S'agissant de sociétés issues d'un Etat membre de l'Union européenne, il est admis de longue date que celles-ci bénéficient de la liberté d'établissement et de prestations de services en vertu des articles 49 et 54 TFUE. En effet, le principe de la liberté d'établissement s'impose aux Etats membres.

³¹⁴ *Travaux de la Commission de réforme du Code civil, 1949-1950, t. IV, cité par J. Béguin, art. préc.*

³¹⁵ R. Crône, art. préc., n° 12.

§ 3. La reconnaissance des sociétés par le droit de l'Union européenne au moyen de la liberté d'établissement et de la reconnaissance mutuelle des sociétés issues des Etats membres.

99. Dans le cadre du droit de l'UE, l'article 293 CE prévoyait que « *les Etats membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants : (...) la reconnaissance mutuelle des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2 (devenu article 48, alinéa 2 CE)* ». Le but poursuivi était clairement affiché : il fallait supprimer tout ce qui, dans les législations des Etats membres, pouvait ressembler à la loi du 30 mai 1857 et faire obstacle à la reconnaissance des sociétés étrangères. Sur le fondement de ce texte, les Etats membres devaient engager des négociations, celles-ci aboutirent à la Convention européenne de Bruxelles du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés mais elle n'entra jamais en vigueur faute de ratification par les Pays-Bas. Toutefois, l'utilité de la Convention de Bruxelles est aujourd'hui très insignifiante. Appliquée à une société anonyme constituée dans un autre Etat membre de l'Union européenne, une restriction à la jouissance de ses droits serait tenue pour attentatoire à la liberté d'établissement³¹⁶. La Cour de justice avait cependant réservé dans l'arrêt « *Centros* »³¹⁷ le droit de l'Etat d'accueil de prendre toute mesure destinée à lutter contre les fraudes par voie de lois de police applicables aux personnes morales exerçant une activité sur son territoire.

100. Sous couvert de proportionnalité et de non-discrimination, la Cour semble vouloir réduire au maximum les « *raisons impérieuses d'intérêt général* », comme la protection des créanciers, que l'Etat d'accueil serait ainsi autorisé à invoquer³¹⁸. Un Etat peut toujours tenter de refuser la constitution sur son territoire d'une société qui n'y a pas son siège réel, mais en l'état actuel de la jurisprudence une telle attitude présente peu d'intérêt. La liberté

³¹⁶ CJCE, 5 nov. 2002, « *Überseering* », aff. C-208/00, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 509, note Lagarde ; *Rev. crit. DIP* 2003, p.1, T. Ballarino ; *JCP* 2003. II. 1032, note M. Menjucq.

³¹⁷ CJCE, 9 mars 1999, « *Centros* », *Recueil* I-1459 ; *D.* 1999. 50, note M. Menjucq, *JDI* 2000, p. 484, note M. Luby. CJCE, « *Inspire Art* », 30 septembre 2003, aff. C-167/01, *JCP G*, 2004, II, 10002, obs. M. Luby ; *JDI* 2/2004, note M. Menjucq ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 151, note H. Muir Watt ; *Rev. soc.* 2004, p. 135, note J.-Ph. Dom.

³¹⁸ B. Audit, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 1124.

d'établissement se traduit par une obligation de reconnaissance mutuelle, sans possibilité pour un Etat membre de soumettre les sociétés pseudo-étrangères à une réglementation spécifique. Concrètement, l'on assiste à un phénomène de *law shopping* de la part des sociétés. Par conséquent, chaque Etat membre adapte sa législation dans l'espoir d'attirer le plus de capitaux étrangers³¹⁹. Dans le considérant de principe de l'arrêt « *Überseering* »³²⁰, la Cour de justice a décidé que « *lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un Etat membre sur le territoire duquel elle a son siège statutaire exerce sa liberté d'établissement dans un autre Etat membre, les articles 43 et 48 CE imposent à ce dernier de respecter la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice que cette société possède en vertu du droit de son Etat de constitution* ».

101. L'article 48 CE pallie implicitement le défaut de convention dans la mesure où il détermine les conditions de la reconnaissance des sociétés étrangères en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services. Dans son arrêt du 5 novembre 2002³²¹, la Cour de justice a considéré que « *l'exercice de la liberté d'établissement suppose nécessairement la reconnaissance desdites sociétés* [les sociétés visées à l'article 54 TFUE] *par tout Etat membre dans lequel elles souhaitent s'établir* ». Par ailleurs, d'après la Cour de justice, il n'est pas nécessaire que les Etats membres adoptent, pour ces sociétés, une convention relative à la reconnaissance mutuelle des sociétés dans les conditions prévues par l'article 293 CE. Dans le considérant 93 de l'arrêt, elle précise que les objectifs de protection des intérêts des créanciers, des associés minoritaires, des salariés ou du fisc, qui sous-tendent l'utilisation du critère du siège réel comme critère de rattachement des sociétés « *ne peuvent toutefois justifier que soient refusées la capacité juridique et, partant la capacité d'ester en justice à une société régulièrement constituée dans un autre Etat membre où elle a son siège statutaire* ». En effet, « *une telle mesure équivaut à la négation même de la liberté d'établissement reconnue aux sociétés par les articles 43 et 48 CE* ». La liberté

³¹⁹ Ce phénomène de *law shopping* auquel se livrent les sociétés a poussé certains Etats membres à reconsidérer leur position s'agissant du siège réel comme critère de rattachement de la société. L'Allemagne et l'Autriche, pays traditionnellement de siège réel, se sont tournés vers le siège statutaire pour le rattachement des sociétés de capitaux.

³²⁰ Arrêt préc.

³²¹ CJCE, « *Überseering* », arrêt préc.

d'établissement interdit qu'un refus de reconnaissance soit opposé à une société ayant son siège statutaire dans l'un des Etats membres de l'Union européenne, que ce refus soit fondé sur la localisation du siège réel ou sur des dispositions restrictives du type de la loi du 30 mai 1857 avant son abrogation par la loi du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit³²². Le droit positif allemand tira les conséquences de l'évolution de la jurisprudence de la CJUE en reconnaissant la capacité juridique d'une société hollandaise ayant transféré son siège réel sur le territoire allemand, et en considérant que la capacité de cette société relève de sa loi de constitution³²³. L'abrogation de l'ancienne loi du 30 mai 1857 ainsi que la jurisprudence extrêmement libérale de la Cour de justice favorable à une reconnaissance *de plano* des sociétés de l'Union européenne ont entraîné une perte d'intérêt de la question de la reconnaissance des sociétés dans le cadre de l'Union européenne. Toutefois, la question se pose toujours avec autant d'acuité dès lors qu'il s'agit de reconnaître une société issue d'un Etat tiers à l'Union européenne. La reconnaissance étant admise, le vrai problème consiste à savoir selon quels critères déterminer la capacité de jouissance d'une société étrangère reconnue et quelles limites apporter à celle-ci. En la matière, une renaissance du critère du contrôle n'est pas à exclure. On note à cet égard l'absence de dispositions venant pallier l'abrogation de la loi du 30 mai 1857. Dès lors que la société étrangère est reconnue, celle-ci peut jouir de droits et d'obligations dans le pays de reconnaissance. Cependant, les droits de la société étrangère sont déterminés en considération de sa loi nationale. En effet, c'est la loi nationale de la société étrangère qui va déterminer l'étendue de ces droits. La reconnaissance a essentiellement pour effet de faire admettre sa capacité juridique à jouir de droits patrimoniaux et à les exercer. L'étendue de cette capacité est régie par la *lex societatis* mais elle ne peut dépasser la capacité de la société de l'Etat de reconnaissance de même type³²⁴. La reconnaissance des sociétés étrangères débouche nécessairement sur le problème de leur condition juridique dans le pays où celles-ci entendent exercer une activité commerciale ou artisanale. Par conséquent, il s'agit de savoir quels sont les droits dont la société peut revendiquer la jouissance et à quelles obligations celle-ci est soumise.

³²² H. Synvet, *Rép. int. Dalloz*, « Société », n° 22.

³²³ Cour fédérale allemande, 13 mars 2003, *NJW* 2003, p. 1461.

³²⁴ B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, *op. cit.*, n° 71, p. 92.

Deux problèmes sont mis en exergue par la reconnaissance d'une société étrangère. Tout d'abord, le premier problème est relatif à la jouissance des droits ; ensuite, il convient de déterminer les modalités d'exercice de ces droits.

Section II : Les droits et l'étendue de la capacité juridique des sociétés étrangères en France.

102. Les personnes morales étrangères bénéficient des mêmes droits et obligations que les sociétés françaises du même type, en application de la jurisprudence selon laquelle les étrangers bénéficient de tous les droits qui ne leur sont pas expressément refusés³²⁵. En fonction de leur nationalité, les sociétés sont traitées comme les ressortissants de leur Etat de rattachement.

Dans un premier temps, nous exposerons le problème de l'aptitude à la jouissance des droits et le principe de l'assimilation aux sociétés françaises des sociétés étrangères reconnues (§ 1), puis celui de l'exercice des droits par une société étrangère reconnue en France (§ 2). Nous verrons comment s'articule l'exercice des droits par une société étrangère et quelles sont les limites à cette capacité juridique.

§ 1. L'aptitude à la jouissance des droits : les articles 11 du Code civil et L. 145-13 du Code de commerce.

103. Devant le silence des textes relatifs à la condition des sociétés étrangères reconnues en France, le principe est que celles-ci doivent être traitées, sauf dispositions contraires, comme les personnes physiques étrangères³²⁶. Les droits civils sont ceux que le législateur a expressément réservé aux nationaux français, sauf la possibilité pour les étrangers d'en

³²⁵ B. Audit, *op. cit.*, n° 1125 et 1065.

³²⁶ Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé, op. cit.*, n° 202.

bénéficier en vertu d'un traité conclu avec la France. D'après B. Audit, cette « *conception est aux antipodes de l'exégèse et il semble qu'elle soit historiquement fondée* »³²⁷. Les rédacteurs du Code civil n'auraient entendu priver les étrangers que des droits qui leur étaient précédemment refusés. La Cour de cassation adopta cette position³²⁸. Statuant à propos d'une ordonnance de 1945 sur l'indemnisation des spoliations, elle constata que cette ordonnance ne faisait pas de la nationalité française une condition de réclamation de son bénéfice « *alors qu'il est de principe que les étrangers jouissent en France de tous les droits qui ne leur sont pas spécialement refusés* ». Cette jurisprudence a été à plusieurs reprises réaffirmée par la Cour de cassation³²⁹. Par « *droits spécialement refusés* », il faut entendre les facultés exclues par une règle exprès et pas seulement de façon implicite³³⁰.

Dès lors qu'une société étrangère souhaite exercer une activité en France, les lois françaises ont vocation à s'appliquer. La règle de principe concernant les sociétés étrangères est celle de leur assimilation aux sociétés françaises (A) mais également aux personnes physiques (B). En outre, l'étendue de leur capacité juridique est régie par la *lex societatis* (C). Enfin, l'exercice en France d'une activité est soumis au respect des lois de police (D).

A/ Le principe de l'assimilation des sociétés étrangères reconnues en France aux sociétés françaises.

104. Lorsqu'elles sont reconnues, les sociétés étrangères bénéficient des mêmes droits privés que les individus de même nationalité dans la mesure du possible, ainsi que des traités

³²⁷ B. Audit, *Droit international privé, op. cit.*, n° 1065.

³²⁸ Principe de l'assimilation des personnes morales aux personnes physiques posé par l'arrêt de la Cour de cassation : chambre civile, 27 juillet 1948, « *Lefait* », *D.* 1948, p. 535 ; *RC* 1949, p. 75, note H. B. ; *Grands arrêts* n° 20. La société peut invoquer le droit à l'honneur : Cass. civ. 2^{ème}, 5 juillet 2000, *Cont. conc. cons.* février 2001, n° 21, obs. Lepage ; pour la violation du domicile : Cass. civ., 23 mai 1995, *RTD civ.* 1996, p. 130, obs. Hauser ; l'atteinte à la vie privée : C.A. Aix, 10 mai 2001, *D.* 2002, p. 2300, obs. Lepage ; *contra* : C.A. Paris, 17 mars 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1237.

³²⁹ Pour la reconnaissance du droit de propriété littéraire et artistique des sociétés étrangères : C.A. Paris, *JCP N* 1976, 2, 18297, note Greffe ; *DS* 1976, p. 104, note Desbois ; le droit d'agir en réparation d'un préjudice moral : Cass. com., 6 novembre 1979, *DS* 1980, inf. rap., p. 416, obs. Larroumet ; 6 janvier 1987, *DS* 1988, somm. comm., p. 211.

³³⁰ Cass. civ., 22 déc. 1959, « *Fox Europa* », *D.* 1960, p. 93, note G. Holleaux ; *JDI* 1961, p. 420, note Goldman.

conclus en faveur des ressortissants de leur pays. En matière de condition des étrangers personnes physiques ou morales, les textes de principe sont les articles 11 du Code civil et L. 145-13 du Code de commerce³³¹. Les sociétés étrangères reconnues en France sont, en principe, aptes à jouir des mêmes droits que les sociétés françaises. Cette assimilation se présente sous la forme d'une extension du principe admis pour les personnes physiques sur la base de l'article 11 du Code civil. L'application jurisprudentielle de ce principe s'est manifestée par l'extension aux sociétés étrangères de la jurisprudence des gares principales qui permet d'assigner une société au siège de l'une de ces succursales³³². Le texte de l'article 11 du Code civil pose donc le principe de la réciprocité. Celle-ci signifie que l'étranger personne physique a en France les mêmes droits que le Français dans l'Etat étranger. Les sociétés étrangères reconnues jouissent aujourd'hui des mêmes droits que les sociétés françaises sauf s'il existe un texte contraire. Cette limitation ne joue pas si les sociétés bénéficient d'un traité international bilatéral ou multilatéral conclu entre leur Etat d'origine et la France. En la matière, la nationalité de la société retrouve une place de choix puisque celle-ci va déterminer l'étendue des droits que la société étrangère peut invoquer en France selon les traités ou accords conclus avec la France par son Etat d'origine. S'agissant des activités économiques, en particulier du droit d'exercer une activité permanente sur le territoire français, le droit français opère une distinction selon la nationalité de la société³³³. Les sociétés ressortissantes d'Etats membres de l'Union européenne sont assimilées aux sociétés

³³¹ L'article 11 du Code civil dispose que « *l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle il appartient* ». Pour sa part, l'article L. 145-13 du Code de commerce dispose que « *sous réserve des dispositions de la loi du 28 mai 1943 relative à l'application aux étrangers des lois en matière de baux à loyer et de baux à ferme, les dispositions de la présente section (relative au renouvellement du bail commercial) ne peuvent être invoquées par des commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers de nationalité étrangère, agissant directement ou par personne interposée, à moins que, pendant les guerres de 1914 et de 1939, ils n'aient combattu dans les armées françaises ou alliées, ou qu'ils aient des enfants ayant la qualité de français. L'alinéa précédent n'est pas applicable aux ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen* ». Dans certaines hypothèses, le droit français prive les sociétés étrangères de certains droits reconnus aux sociétés françaises. L'article L. 145-3 du Code de commerce prive les sociétés étrangères du droit à la propriété commerciale, ou encore de l'accès à la propriété intellectuelle. Ainsi, en vertu de l'article L. 611-1, alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle, les sociétés étrangères ne bénéficient de la protection de leurs brevets en France que si les Français jouissent d'une réciprocité de protection dans les pays dont elles sont ressortissantes.

³³² C.E. Ass. plé., 29 juin 1973, « *Compagnie des Wagons Lits* », *Grands arrêts* n° 53, p. 487, *Rev. crit. DIP* 1974, p. 344, concl. Questiaux ; *Clunet* 1975, p. 538, note M. Simon-Depitre ; *Dr. soc.* 1976, p. 50, obs. J. Savatier ; *Rev. soc.* 1976, p. 663, note Bismuth ; H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*

³³³ S. Clavel, *Droit international privé, op. cit.*, n° 829 et 830.

françaises en vertu des articles 49 et 54 TFUE qui garantissent la liberté d'établissement et la libre prestation de services. La reconnaissance des sociétés issues d'un autre Etat membre s'est faite par le biais de la jurisprudence de la Cour de justice qui a fortement favorisé la mobilité intra UE des sociétés issues des Etats membres de l'Union européenne.

B/ Le principe de l'assimilation aux personnes physiques étrangères des sociétés étrangères reconnues en France.

105. Ce principe découle du fait qu'il n'existe pas de règles juridiques propres au statut en France des sociétés étrangères dont la personnalité juridique est reconnue³³⁴. Par conséquent, le principe est que ces sociétés étrangères sont traitées, sauf indications exprès contraires, comme les personnes physiques étrangères de leur Etat d'origine. Par conséquent, ces sociétés ne peuvent pas réclamer le bénéfice de droits refusés aux ressortissants personnes physiques de leur Etat d'origine. En revanche, en application de ce principe, les juridictions françaises ont décidé que ces sociétés étrangères reconnues peuvent bénéficier des traités conclus en faveur des nationaux de leur Etat³³⁵. Cette assimilation va prendre différentes formes : ce peut être une clause d'assimilation aux nationaux, par cette clause chaque Etat attribue aux nationaux de l'autre Etat, dans le domaine défini par le traité, les droits qu'il reconnaît à ses propres nationaux ; il peut s'agir également de la clause de la nation la plus favorisée par laquelle l'Etat signataire s'engage à accorder aux ressortissants de son cocontractant le traitement le plus favorable qu'il ait accordé ou qu'il accordera à des étrangers d'un autre Etat³³⁶ ; il y a aussi la clause de réciprocité dont l'article 11 du Code civil prévoit expressément l'application. Les étrangers bénéficiaires d'une telle clause jouissent en France des mêmes droits dont les Français bénéficient dans le pays d'origine de ces étrangers, et réciproquement.

³³⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, op. cit., n° 202.

³³⁵ Cass. soc., 21 juillet 1958, *Rev. crit. DIP* 1959, p. 288, note Simon-Depitre.

³³⁶ Définition donnée par MM. Batiffol et Lagarde : *Traité*, op. cit., n° 186.

106. L'assimilation des sociétés étrangères reconnues aux ressortissants étrangers a pour autre conséquence que ces sociétés sont frappées des incapacités prévues pour ces ressortissants par leur loi nationale dans la mesure où elle peuvent s'appliquer à des personnes morales³³⁷. Cette loi détermine leur constitution, mais aussi leur capacité de jouissance et d'exercice. Si la loi d'origine de la société étrangère reconnue lui interdit de recevoir à titre gratuit, elle en est incapable en droit français. La personnalité juridique de la société « *n'existe que dans la mesure où leur loi nationale l'a créée* »³³⁸. La loi française peut se réserver le droit de ne pas accorder certains droits aux sociétés étrangères, mais elle ne peut aller au-delà de ce que prévoit la loi étrangère pour ses sociétés. Dans un arrêt du Conseil d'Etat du 21 décembre 1994³³⁹, il a été jugé que les dispositions de la convention franco-espagnole du 7 janvier 1862, accordant aux ressortissants des deux Etats le droit de se s'établir où bon leur semble pour l'exercice de leur activité, ont pour effet, indépendamment de toute interprétation gouvernementale contraire, de soustraire les ressortissants espagnols et, par analogie, les bénéficiaires des autres traités d'assimilation, du champ d'application du décret du 12 novembre 1938 instituant la carte de commerçant.

L'article 54 TFUE, assimile expressément aux personnes physiques ayant la nationalité d'un Etat membre, « *les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté* ». La distinction société nationale/société issue d'un Etat membre a perdu tout intérêt en raison de l'évolution du droit de l'UE et de la jurisprudence de la Cour de justice.

³³⁷ H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, op. cit., n° 202.

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ C.E., 21 déc. 1994, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 291.

C/ Les limites au principe de l'assimilation : la loi organique des sociétés étrangères fixe l'étendue de leur capacité de jouissance.

107. Les sociétés étrangères ne peuvent avoir une capacité plus grande que celle que les « sociétés autochtones de type correspondant »³⁴⁰. Autrement dit, elles ne peuvent avoir des droits plus étendus dans le pays d'accueil que dans leur Etat d'origine. Elles ne pourraient pas avoir plus de droits que les sociétés françaises³⁴¹. La doctrine se réfère à la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1956 dont les articles 5, alinéa 2 et 6, alinéa 3 permettent à un Etat de refuser aux sociétés étrangères les droits qu'il n'accorde pas aux sociétés nationales. En pratique, il n'y a pas une incapacité générale d'exercice dépendant du statut personnel des sociétés locales, mais plutôt des incapacités spéciales qui tendent à la protection de l'intérêt général et régies par la loi applicable à la matière et s'imposant à toutes les sociétés³⁴². Il s'agit tout simplement d'une application du principe de droit international du respect des droits acquis³⁴³. Si l'on prend l'exemple de la capacité juridique des sociétés françaises à recevoir à titre gratuit reconnue par la jurisprudence, on doit étendre ce principe aux sociétés étrangères reconnues en France sauf si leur loi nationale ne leur accorde pas un tel droit³⁴⁴.

108. Une autre limite réside dans le fait que la personnalité de la société étrangère reconnue en France dépend de sa loi nationale, si cette dernière retire la personnalité morale à l'une de ses sociétés, cette société ne peut plus bénéficier de la reconnaissance de sa personnalité morale. Les sociétés étrangères reconnues ne peuvent invoquer les privilèges de juridiction instaurés par les articles 14 et 15 du Code civil. En effet, le droit d'attirer un adversaire, demandeur ou défendeur étranger, devant une juridiction française est un droit réservé aux personnes ayant la nationalité française au jour de l'instance en vertu des articles 14 et 15 du Code civil. Ce bénéfice des privilèges de juridiction a été reconnu aux personnes morales par la Cour de cassation dans l'arrêt « *Compagnie La Métropole* » du 21 mars

³⁴⁰ B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, *op. cit.*, n° 71.

³⁴¹ J. Derruppé, *Droit international privé*, Mémento Dalloz, Paris, 1999, p. 54.

³⁴² L. Lévy, thèse préc., n° 37.

³⁴³ Y. Loussouarn et M. Trochu, *Jcl. sociétés*, fasc. 28-60, n° 66.

³⁴⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, *op. cit.* ; Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé*, 9^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2007, n° 714, p. 978.

1966³⁴⁵. Toutefois, l'arrêt « *Prieur* »³⁴⁶ du 23 mai 2006 de la première Chambre civile de la Cour de cassation a réduit la portée de l'article 15 du Code civil en considérant qu'il ne fonde plus une compétence française exclusive, le Français défendeur doit désormais être attiré devant un juge étranger compétent sans que le jugement étranger rendu contre lui ne soit privé de l'exequatur en France pour ce motif. Il faut néanmoins préciser que le recours à l'article 15 du Code civil ne présente d'utilité que pour les personnes physiques. La nationalité des sociétés se déterminant, en droit français, essentiellement à partir de la situation de leur siège social. Si celui-ci est situé en France, la règle classique *actor sequitor forum rei* suffit à asseoir la compétence des tribunaux français. Le tribunal du lieu du domicile du défendeur l'emporte donc sur le tribunal de l'Etat dont il a la nationalité.

109. Cette solution a reçu l'appui de la doctrine britannique³⁴⁷ qui précise que la capacité d'une société est limitée à deux titres. Tout d'abord, elle est limitée par sa loi nationale, ensuite par la loi qui régit la matière en cause. Cette interprétation devrait être généralisée, la limitation de la capacité des sociétés étrangères ne résulte pas de leur assimilation aux sociétés nationales du même type mais plutôt de réglementations nationales spécifiques³⁴⁸. Mais la société étrangère doit pouvoir agir en France dans les limites fixées par sa loi nationale et par ses statuts et toujours dans le respect des limitations résultant de réglementations nationales, ce qui pourrait avoir pour conséquence de lui octroyer une capacité de jouissance plus grande que celle des sociétés françaises du même type³⁴⁹. Sur ce point, le droit de l'UE a adopté une position extrêmement libérale. Dans l'affaire « *Überseering* »³⁵⁰ du 5 novembre 2002, la Cour de justice des Communautés européennes a considéré que l'Etat membre d'accueil sur lequel la société exerce son droit d'établissement doit respecter la capacité juridique que lui donne le droit de l'Etat membre sur lequel elle s'est constituée.

³⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 1966, *Rev. crit. DIP* 1966, p. 670, note M. Ponsard ; *JDI* 1967, p. 380, note J.-D. Bredin ; *D.* 1966, p. 429, note Ph. Malaurie ; *Grands Arrêts* n° 43.

³⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ., *Rev. crit. DIP* 2006, p. 870, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 2006, p. 1377, note C. Chalais ; *JCP* 2006, II, 10134, note P. Callé ; *D.* 2006, chron., p. 1846, B. Audit.

³⁴⁷ Dicey et Morris by L. Collins, *Conflicts of Laws*, op. cit., p. 1134. D'après cet auteur, « la capacité d'une société de conclure une convention est gouvernée à la fois par le statut interne de la société et par la loi de l'Etat qui gouverne la convention en cause ».

³⁴⁸ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 80.

³⁴⁹ H. Synvet, *Rép. int. Dalloz*, « Société », n° 119.

³⁵⁰ Arrêt préc.

D/ Le respect des lois de police par la société étrangère reconnue en France.

110. Il existe des lois dont le respect incombe aussi bien aux sociétés françaises qu'aux sociétés étrangères, ces dernières ne peuvent pas arguer de leur extranéité pour échapper à l'application des lois de police. Les salariés d'une société étrangère bénéficient en France des mêmes droits de représentation que les salariés de sociétés françaises, dans la mesure où ils ne sont pas « *incompatibles avec la présence à l'étranger du siège social* »³⁵¹. D'après une jurisprudence constante du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation³⁵², la loi française relative à la représentation des salariés s'applique, « *à tous les niveaux des secteurs de production* », en tant que loi de police, c'est-à-dire de façon impérative sur le territoire national indépendamment de la *lex societatis* de la société³⁵³. La société étrangère est également soumise à la loi française pour toutes les prestations de travail effectuées sur le territoire français. Il en est de même pour l'affiliation à la sécurité sociale qui est une loi de police comme l'a décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 18 mars 1999³⁵⁴.

³⁵¹ Cass. soc., 3 mars 1988, *JDI* 1989, p. 78, note M.-A. Moreau-Bourlès ; *Rev. crit. DIP* 1989, p. 63, note G. Lyon-Caen.

³⁵² C.E., 23 juin 1973, « *Syndicat général du personnel de la Compagnie des Wagons-lits* », *Rev. crit. DIP* 1974, p. 344, concl. N. Questiaux ; *Dr. soc.* 1976, p. 50, note J. Savatier ; *JDI* 1975, p. 538, note M. Simon-Depitre ; *Rev. soc.* 1976, p. 663, note Bismuth. Cass. soc., 19 mars 1986, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 554. Cette société de droit belge arguait justement de ce lien de rattachement pour échapper à l'application des règles françaises concernant la représentation des salariés au sein d'un Comité d'entreprise. Le Conseil d'Etat n'a pas retenu l'argument selon lequel la société était belge et, par conséquent, non soumise à ces règles impératives françaises. Il s'agit de lois de police applicables à toute société exerçant une activité en France. La Chambre sociale de la Cour de cassation, dans l'arrêt du 19 mars 1986, s'est prononcée dans le même sens en imposant à une société le respect de l'article L. 412-2 du Code du travail qui impose la désignation d'un délégué central d'entreprise.

³⁵³ L'article 7 alinéa 2 de la Convention de Rome permet l'application des règles impératives du *for* à titre de lois de police.

³⁵⁴ Cass. soc., 18 mars 1999, « *CPAM Haute-Savoie c/ SA Unic Mann et autres* », *Bull. Joly sociétés* 1999, p. 1205, note M. Menjucq. En l'espèce, la Cour de cassation décida que la nationalité et le lieu de résidence de l'assujetti ainsi que de l'employeur ne sont pas des éléments déterminants. Par conséquent, la nationalité étrangère de la société et la localisation de son siège dans un autre Etat ne sont pas des éléments dispensant les dirigeants de la société de l'assujettissement au régime français de la sécurité sociale.

§ 2. Les droits et obligations des sociétés étrangères reconnues en France.

111. L'exercice des droits par une société étrangère reconnue concerne le problème du conflit de lois. En principe, la société est soumise à la *lex societatis*, c'est-à-dire à sa loi nationale. Souvent présentée en termes de reconnaissance de leur personnalité morale, la question de l'activité que les sociétés étrangères peuvent exercer sur le territoire français s'analyse en réalité comme un problème de jouissance des droits. En revanche, la reconnaissance de la personnalité morale est tributaire de la méthode du conflit de lois.

Nous verrons successivement comment s'articule l'activité en France des sociétés étrangères (A), puis les obligations auxquelles sont soumises les sociétés étrangères reconnues (B).

A/ L'exercice d'une activité en France par une société étrangère.

112. La société étrangère reconnue en France a, en vertu de l'article 11 du Code civil, les mêmes droits qu'une société française. Cette société ne peut agir en France que dans les limites de la capacité qui lui est accordée par sa *lex societatis* et en suivant les règles de fonctionnement de celle-ci. C'est la reconnaissance en France de la société étrangère qui lui ouvre la possibilité d'exercer une activité commerciale sur le territoire. Pour certains auteurs, la reconnaissance de la société ne serait tout au plus que « *l'autorisation d'exercer une activité* »³⁵⁵. Autrement dit, la reconnaissance se ramènerait à l'admission des effets sur le territoire français de la personnalité juridique étrangère. Quant à l'existence de la société étrangère, il ne s'agirait pas d'une question de reconnaissance mais de « *compétence internationale des autorités* »³⁵⁶. Toutefois, ces questions relatives au domaine de la reconnaissance internationale des sociétés étrangères ne semblent plus à l'ordre du jour depuis l'abrogation de la loi du 30 mai 1857 qui permet au juge, sans recourir à la Convention

³⁵⁵ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 1053.

³⁵⁶ *Ibid.*, n° 1035.

européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de reconnaître la personnalité morale des sociétés étrangères en France. En outre, l'avènement du droit de l'UE a permis de restreindre le domaine de la reconnaissance aux seules sociétés tiers à l'Union européenne.

B/ Les obligations spécifiques pesant sur les sociétés étrangères.

113. Certaines obligations concernent la société elle-même (1). Cette dernière est soumise à une série d'obligations relatives notamment à la publicité, la loi applicable à son statut ou le nom des associés. D'autre part, il existe une série d'obligations pesant directement sur les membres de la société (2).

1. Les obligations pesant sur la société.

114. Qu'il s'agisse des personnes morales ou physiques étrangères, celles-ci sont soumises à des règles particulières que certains auteurs qualifient de règles « *discriminatoires* »³⁵⁷. Certains droits privés leurs sont refusés comme le droit de vote. Logiquement, ces discriminations ne revêtent pas la même forme pour les personnes morales et les personnes physiques étrangères. En la matière, ce qui intéresse les sociétés commerciales ce sont les conditions d'accès à certaines activités réglementées. L'article L. 122-1 du Code de commerce dispose que les sociétés étrangères qui souhaitent exercer une activité commerciale, industrielle ou artisanale en France doivent en faire la déclaration préalable auprès du préfet du département où l'exercice de cette activité est prévu³⁵⁸. Cette disposition subordonne l'établissement en France à l'octroi d'une autorisation spécifique et n'a pas prévu le cas de

³⁵⁷ *Ibid.*, n° 1057 et s.

³⁵⁸ La loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration a supprimé l'exigence d'obtention d'une carte de commerçant étranger. Toutefois, certaines activités ne pourront être exercées en France que sous réserve d'une autorisation préalable comme, par exemple, en matière de prestations de sécurité privée même à titre ponctuel.

l'établissement ouvert par une société étrangère. Par conséquent, la nécessité d'une carte de commerçant pèse sur les étrangers associés en nom ou dirigeants qui ont, à ce titre, la qualité de commerçant, et sur tous les employés étrangers de la société. En revanche, si les dirigeants sociaux n'ont pas la qualité de commerçant, aucune obligation ne pèse sur eux. La société peut avoir un établissement en France à la condition de se soumettre à la publicité au registre du commerce et des sociétés³⁵⁹. En outre, une société étrangère est soumise à l'impôt français sur les sociétés pour les résultats d'opérations effectuées en France dans les cas où elle dispose d'un établissement en France, ou si elle y effectue des opérations par l'intermédiaire de représentants ne possédant pas de personnalité morale distincte, ou bien si elle y réalise des opérations se détachant de celles effectuées à l'étranger et formant un cycle commercial complet, ou bien si elle participe à un chantier ayant une réelle autonomie ou si elle fournit un ensemble « *clés en main* »³⁶⁰. Les revenus d'immeubles situés en France sont également soumis à l'impôt sur les sociétés en vertu de l'article 206-1 du Code général des impôts qui vise « *toutes autres personnes morales se livrant à une exploitation ou à des opérations à caractère lucratif* ». Dans un arrêt du 30 novembre 2001, la Cour d'appel de Paris a jugé que le bureau de liaison ouvert par une société ayant son siège social à l'étranger constitue un établissement secondaire au sens de l'article R. 123-30 du Code de commerce justifiant l'immatriculation dès lors que ce bureau est permanent et que son activité avait pour but de tisser des liens juridiques avec d'éventuels clients, ce qui participait nécessairement à l'activité commerciale de la société étrangère³⁶¹. Cette obligation d'immatriculer un bureau, une succursale ou une agence a les mêmes conséquences juridiques que l'immatriculation de la société étrangère en elle-même. Il s'agit là avant tout d'une mesure de publicité pour les tiers. En effet, « *l'immatriculation n'a pas d'effet créateur sur la personnalité de la société étrangère, celle-ci est conférée par le droit de l'Etat dans lequel elle s'est constituée* »³⁶², c'est la *lex societatis* de la société étrangère qui lui confère la personnalité morale et non pas la mesure d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

³⁵⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, n° 715.

³⁶⁰ J.-M. Mousseron, J. Raynard, R. Favre et J.-L. Pierre, *Droit du commerce international*, éd. Litec, Paris, 1997, n° 161, p. 111.

³⁶¹ C.A. Paris, 3^{ème} Chambre, section C, 30 nov. 2001, *Bull. Joly sociétés*, p. 406, note J.-M. Bahans.

³⁶² Note J.-M. Bahans, sous C.A. Paris, 3^{ème} Chambre, section C, 30 nov. 2001, *Bull. Joly sociétés*, p. 406.

Il appartient en outre à la personne désignée comme représentante de la société étrangère en France de rapporter la preuve qu'elle a bien reçu le pouvoir de représenter celle-ci³⁶³. La seule inscription sur l'extrait délivré par le greffe du tribunal de commerce d'une personne en qualité de représentant en France d'une société étrangère ne dispense pas de rapporter la preuve du pouvoir de représentation de cette société.

2. Les obligations pesant sur les dirigeants ou associés étrangers d'une société étrangère.

115. Depuis la publication des décrets de 2007³⁶⁴ de mise en application de la loi du 24 juillet 2006, il existe deux régimes :

- d'une part, le régime défini aux articles L. 122-1 et L. 122-2 du Code de commerce pour l'étranger qui dirige une société en France, sans y résider ;
- et d'autre part, le régime défini à l'article L. 313-10 du Code de commerce de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile pour l'étranger qui dirige en y résidant une société ou un établissement social.

Dans un arrêt du 28 juin 2002³⁶⁵, la Cour d'appel de Paris a considéré, sur le fondement de l'ancien article L. 227-7 du Code de commerce relatif à la carte de commerçant étranger, qu'en présence d'une personne morale étrangère présidente d'une société par actions simplifiées de droit français, est tenue d'obtenir la carte de commerçant étranger, non le dirigeant légal de la personne morale étrangère, mais la personne délégataire, par décision des représentants légaux de la personne morale étrangère, du pouvoir de diriger ou d'engager à titre habituel la SAS.

³⁶³ C.A. Versailles, 11 avril 1996, *Bull. Joly sociétés* 1996, p. 705 ; *Rev. soc.* 1996, somm., p. 597.

³⁶⁴ Décret n° 2007-1141 du 26 juillet 2007 dont les dispositions sont insérées aux articles D. 122-1 à D. 122-4 du Code de commerce ; décret n° 2007-912 du 15 mai 2007 dont les dispositions figurent aux articles R. 313-3-1, R. 313-16 et suivants, R. 313-36-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers.

³⁶⁵ C.A. Paris, 3^{ème} Chambre, section C, 28 juin 2002, *D.* 2002, A. J., p. 2608.

Conclusion :

116. La reconnaissance internationale des sociétés étrangères est largement tributaire du droit international et du droit de l'UE en particulier. La question de la reconnaissance des sociétés a très tôt préoccupé les Etats qui voulaient faire en sorte que les meilleures conditions soient réunies pour assurer un développement serein de leurs sociétés commerciales. En outre, reconnaissance et jouissance des droits par une société étrangère sont des questions interdépendantes et indissociables : la reconnaissance conditionne l'étendue de la capacité juridique des sociétés étrangères reconnues. Longtemps espérée et attendue tant par la jurisprudence que la doctrine, la loi du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit est enfin venue, discrètement, abroger la loi de 1857 permettant ainsi une reconnaissance de plein droit de toutes les sociétés étrangères. Solution heureuse pour toutes les sociétés étrangères de capitaux même si l'absence totale de dispositions réglementant l'admission à exercer une activité commerciale a été justement critiquée en doctrine³⁶⁶. La question de l'exercice des droits pour une société étrangère est désormais limitée uniquement par les incapacités spéciales prévues par la loi de l'Etat d'implantation de la société étrangère. Celle-ci peut donc exercer une activité légalement – dans les limites prévues par sa *lex societatis* – à l'exclusion des matières règlementées ou interdites aux sociétés étrangères, à partir du moment où elle respecte les règles impératives du droit français et les dispositions relatives aux sociétés étrangères. Certaines règles ont une importance considérable et leur respect par les sociétés étrangères s'impose, il en est ainsi des règles relatives à la publicité ou à la protection des tiers. On constate également que le développement du droit de l'UE et la position libérale de la Cour de justice ont considérablement affaibli le champ de la reconnaissance d'une société étrangère par les Etats membres de l'Union européenne. Sur ce point, la conclusion d'une convention internationale entre les Etats membres est devenue inutile : la Cour de justice par son interprétation extensive et une application directe de l'article 54 TFUE a permis une reconnaissance mutuelle des sociétés issues d'un Etat membre souhaitant exercer une activité, à titre principal ou secondaire, dans un autre Etat membre.

³⁶⁶ R. Crône, art. préc.

L'article 54 TFUE devient le pilier de la reconnaissance en droit de l'UE. Les effets directs de cette jurisprudence sont que la reconnaissance internationale ne concerne désormais que les Etats tiers à l'Union européenne.

**TITRE II : LES DIFFICULTES JURIDIQUES SOULEVEES PAR L'ACTIVITE
INTERNATIONALE DES SOCIETES COMMERCIALES**

**CHAPITRE I : LES CONFLITS DE LOIS DANS L'ESPACE RELATIFS AUX
SOCIETES COMMERCIALES**

**CHAPITRE II : LES CONFLITS DE JURIDICTION EN MATIERE DE SOCIETES
COMMERCIALES**

117. Lorsqu'une situation juridique comporte un élément d'extranéité, des conflits entre les lois et les tribunaux des différents ordres juridiques concernés surgissent. La règle de conflit permet de résoudre la difficulté en faisant le choix de la compétence d'une loi ou d'une juridiction selon une méthodologie de droit international privé, dont l'activité internationale des sociétés doit tenir compte³⁶⁷. La règle de conflit de juridictions détermine la juridiction compétente, alors que la règle de conflit de lois désigne la règle juridique compétente pour régir le fond du litige. Selon P. Mayer et V. Heuzé, le problème du choix d'une loi applicable est le cœur même de la matière du droit international privé³⁶⁸. Pour MM. Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières³⁶⁹, il y a un problème de conflit de lois chaque fois « *qu'une situation juridique pouvant se rattacher à plusieurs pays, il faut choisir, entre les lois de ces différents Etats, celle qui sera appelée à régir le rapport de droit considéré. C'est donc essentiellement un problème d'option (...)* » qui se pose au juge français, entre la loi du *for* et la loi étrangère.

³⁶⁷ Y. Loussouarn et M. Trochu, « Conflits de lois en matière de sociétés », *Juris-Classeur International*, fasc. 564-30, fasc. 564 D.

³⁶⁸ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 1 et 2. Le conflit de juridiction revêt deux aspects : celui de la compétence des tribunaux français dans les litiges internationaux, ajouté au problème soulevé par l'effet en France des jugements étrangers. Les questions soulevées par le conflit de lois constituent le caractère international de la relation litigieuse, dans cette optique le droit international privé se définit comme « *le droit spécial, applicable aux personnes privées impliquées dans des relations juridiques internationales* ». V. également, R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, 16^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2007, p. 157. Dans cette hypothèse, il s'agit du conflit de lois dans l'espace par opposition au conflit de lois dans le temps que pose la succession dans le temps d'une loi ancienne et d'une loi nouvelle. « *C'est un conflit de compétences législatives. La solution du conflit s'opère traditionnellement grâce à une règle dite de conflit de lois. Cette dernière peut être unilatérale, c'est-à-dire ne délimiter que le champ d'application de la seule loi du for, ou bilatérale, c'est-à-dire désigner la loi applicable en mettant sur un pied d'égalité loi du for et loi étrangère* ».

³⁶⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, n° 5.

CHAPITRE I : LES CONFLITS DE LOIS DANS L'ESPACE RELATIFS AUX SOCIETES.

118. La nationalité de la société étant déterminée, sa reconnaissance et sa capacité juridique étant admises dans l'Etat d'accueil, deux grands problèmes se posent aux praticiens du droit et aux dirigeants de la société, à savoir d'une part la problématique des conflits de lois et d'autre part, celle des conflits de juridiction. Une société qui évolue dans la sphère internationale soulève invariablement ces deux types de difficultés. S'agissant des conflits de lois, deux ordres juridiques sont susceptibles d'entrer en concurrence, chacun d'eux pouvant exiger que sa loi soit appliquée à la société. Il y a d'un côté l'Etat de constitution de la société où se situe le siège social, et de l'autre l'Etat où la société va accomplir des actes juridiques. Par conséquent, dans un premier temps, il nous faut déterminer quelle est la loi applicable à la société (section I), puis dans une seconde étape nous rechercherons le domaine de la *lex societatis* pour déterminer à quelles matières celle-ci va s'appliquer (section II).

Section I : La détermination de la loi applicable à la société : la *lex societatis*.

119. Aux prémices du débat sur la nationalité des sociétés, une confusion existait en doctrine et en jurisprudence entre la nationalité de la société et la loi applicable à celle-ci. Les juges effectuaient un détour inutile par la nationalité des sociétés et retenaient la loi nationale de la société pour régir son statut juridique. En effet, la détermination de la nationalité des sociétés et celle de la loi applicable constituent deux problèmes distincts. Par conséquent, seules les décisions relatives à la *lex societatis* doivent être prises en compte dans le cadre d'une analyse de la détermination de la loi applicable à la société³⁷⁰.

³⁷⁰ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 91.

Dans cette logique, nous tenterons de définir la *lex societatis* (§ 1), puis nous exposerons le débat doctrinal actuel qui voit dans le siège statutaire le critère de détermination de la *lex societatis* (§ 2). Enfin, nous verrons comment la *lex societatis* peut être amenée à s'articuler avec d'autres lois concurrentes (§ 3).

§ 1. La définition de la *lex societatis*.

120. La *lex societatis* est la loi qui gouverne l'organisation interne de la société, son fonctionnement ainsi que ses rapports avec les tiers. Cette définition fait apparaître la *lex societatis* comme la transposition aux sociétés du statut personnel des individus, son domaine d'application se voulant le plus large possible. Cette définition, retenue par le droit positif français, est aussi admise dans la plupart des Etats européens, mais seuls les droits portugais et espagnols définissent expressément la *lex societatis* alors que dans les autres Etats, cette définition est l'œuvre de la jurisprudence et de la doctrine³⁷¹. Pour sa part, M. Menjucq juge que l'analogie avec le statut personnel des personnes physiques est abusive dans la mesure où leurs statuts sont fondamentalement différents et préfère parler de « *statut interne* » des sociétés³⁷². Il rejoint la position de M. Synvet qui remarque que cela n'est autre que la transposition en droit français de l'expression anglo-saxonne « *internal affairs* »³⁷³, qui signifie les affaires internes de la société.

³⁷¹ Les articles 9-11° du Code civil espagnol et 33 du Code civil portugais définissent explicitement la *lex societatis*. Ces articles emploient invariablement l'expression « *loi personnelle* » pour les personnes physiques et les personnes morales, il n'y a pas de distinction. Le droit anglais retient aussi la même définition : v. Dicey et Morris by L. Collins, *Conflicts of Laws*, t. 1, 11th ed., Stevens & Sons Limited, London, 1987, rule 174, p. 1134.

³⁷² M. Menjucq, thèse préc., n° 20.

³⁷³ H. Synvet, thèse préc., p. 99, note 66.

121. De la même façon, le droit anglais fait une application large de la *lex societatis* quant au fonctionnement de la société³⁷⁴. En la matière, l'ensemble des droits nationaux s'accorde sur le rôle fondamental et central de la *lex societatis* comme loi applicable à toute la vie de la société. La *lex societatis* est la « loi personnelle » de la société, elle marque le « centre de gravité » juridique de la société³⁷⁵. La loi applicable régit les formalités de publicité et la jurisprudence française l'applique à tout ce qui concerne la formation, la souscription et la libération du capital ou même la forme des actions³⁷⁶. L'émission et le régime des titres sont également soumis à la *lex societatis* mais sa compétence subit deux séries de limitations : d'une part, son application est limitée par des règles de contrôle des sociétés étrangères ou par les lois de police de l'Etat où se situe le marché boursier ; d'autre part, la *lex societatis* n'a pas de compétence de principe pour les obligations ou les titres équivalents. Les modes d'acquisition et de perte de la qualité d'associé, les obligations de la société envers les associés et l'obligation de ces derniers aux dettes sont aussi déterminés par la *lex societatis*.

122. D'après M. Menjucq³⁷⁷, il peut y avoir une confusion entre la reconnaissance des sociétés étrangères et la *lex societatis* dans la mesure où leurs rapports sont assez flous et leurs domaines d'application peuvent se confondre. Il cite pour exemple la controverse qui opposa Drobniq à Goldman lorsqu'il présidait le groupe d'experts chargés de rédiger le projet de convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés dans la Communauté européenne. Drobniq³⁷⁸ pensait fermement que la reconnaissance ne présentait aucun intérêt et que le seul véritable problème était la détermination de la règle de conflit. Ce à quoi, Goldman rétorqua, à juste titre, que « rationnellement, avant de désigner la loi applicable à un organisme étranger qui se prévaut d'une existence juridique propre, il faut décider si cette existence est ou non

³⁷⁴ Dicey et Morris by L. Collins, *op. cit.* D'après ces auteurs, « *All matters concerning the constitution of a corporation are governed by the law of the place of incorporation* ». Ce qui signifie que tous les aspects relatifs à la constitution d'une société sont gouvernés par la loi de son lieu d'incorporation.

³⁷⁵ D. Vidal, *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2010, n° 1394, p. 690.

³⁷⁶ Pour la forme des actions : C.A. Paris, 2 décembre 1963, *RTD com.* 1964, p. 642, obs. Houin ; *Rev. crit. DIP* 1966, p. 40, note Y. Loussouarn. Dans cette affaire, la Cour a admis de façon implicite la compétence de la *lex societatis* pour déterminer la forme des actions.

³⁷⁷ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, n° 23.

³⁷⁸ U. Drobniq, « *Zeitschrift für das gesamte handelsrecht und wirtschaftsrecht* » (« Remarques critiques sur l'avant projet de convention C.E.E. sur la reconnaissance des sociétés »), *Stuttgart* 1967, n° 129, p. 93 et s.

admise, autrement dit, si on la reconnaît ou non en termes concrets »³⁷⁹. À l'instar de la doctrine majoritaire, L. Lévy partage ce point de vue et définit la reconnaissance comme « l'admission sur le territoire nationale de l'existence et des effets d'une personne juridique (physique ou morale) étrangère »³⁸⁰. Pourtant, un auteur minimise la portée de la reconnaissance des sociétés pour n'y voir tout au plus qu'« une règle de compétence internationale des autorités »³⁸¹. Partant de ce constat, le droit français ne va reconnaître une société, valablement créée selon les règles de son Etat de constitution, qu'après avoir vérifié que le siège réel³⁸² de cette société se situe bien sur le territoire de l'Etat en question. La reconnaissance internationale de la société commanderait donc la vérification d'une condition supplémentaire, à savoir l'exigence d'un lien juridique, déterminé par les règles du droit international privé français, entre la société et l'Etat de constitution³⁸³. La solution controversée de la jurisprudence³⁸⁴, retient dans les conflits de lois comme facteur de rattachement, la nationalité de la société pour déterminer la loi applicable au statut de la société.

123. Dans une très large mesure, la *lex societatis* va résulter du choix des parties au contrat de société³⁸⁵. Celle-ci ne va pas s'imposer aux fondateurs de la société en application du principe de l'autonomie de la volonté même s'il faut bien évidemment admettre que des règles impératives viennent limiter et encadrer les choix éventuels des associés. Pour être valablement créée, la société étrangère doit respecter toutes les conditions de fond et de forme

³⁷⁹ B. Goldman, *Rables Zeitschrift*, 1967, p. 205. Pour l'auteur, « cela signifie, par exemple, qu'avant de désigner, selon le droit international privé français, la loi qui devra régir le fonctionnement d'une société constituée en Allemagne, il faudra décider si une telle société peut ou non être considérée, en France, comme apte à être titulaire de droits et d'obligations ».

³⁸⁰ L. Lévy, thèse préc., p. 51.

³⁸¹ P. Mayer, *op. cit.*

³⁸² B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, *op. cit.*, n° 70. Selon eux, le critère de rattachement du droit français serait le siège réel. Toutefois, rien ne permet de penser que les articles L. 210-3 du Code de commerce et 1837 du Code civil, ainsi que la jurisprudence, prônent une telle solution. En revanche, une autre interprétation est possible et permet de rattacher la société par le critère du siège statutaire, exception faite de la fraude.

³⁸³ M. Menjucq, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, thèse préc., n° 23 p. 19.

³⁸⁴ L. Lévy, *La nationalité des sociétés*, thèse préc., n° 66 et s. ; R. Libchaber, note sous Cass. com., 9 avril 1991, *Rev. sociétés* 1991, p. 746 ; M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, n° 92 et s. ; H. Synvet, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, thèse préc., n° 92, p. 205 et du même auteur, *Rép. int. Dalloz*, « Société », n° 44.

³⁸⁵ H. Synvet, *Rép. int. Dalloz*, « Société », n° 88.

imposées par sa loi nationale, c'est la condition pour que cette société puisse exercer une activité en France. Si les associés souhaitent soumettre leur future société à la loi française, la société est considérée comme valablement créée et dotée de la personnalité morale à partir du jour de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. D'après M. Menjucq, « seule l'adhésion à une structure juridique préalablement déterminée par la loi est de nature à conférer à l'entité ainsi créée la personnalité morale », par conséquent, « la seule mention " société de droit suisse " ne permet pas de caractériser la nature juridique et, de ce fait, l'existence légale de la requérante »³⁸⁶. L'examen de la personnalité juridique de la société étrangère se fait au regard de sa loi nationale, la société étrangère doit bénéficier de la personnalité morale dans son Etat de constitution pour pouvoir en demander le bénéfice en France. Toutefois, il existe certaines hypothèses où la société non titulaire de la personnalité morale dans son Etat de constitution peut se voir reconnaître une capacité juridique par la jurisprudence si la société se rapproche de l'une des catégories de sociétés définies par la loi française.

124. En droit international privé comparé, deux systèmes sont en vigueur :

- d'une part, les Etats qui soumettent la société à la loi du siège social ;
- d'autre part, ceux qui se réfèrent au critère de l'incorporation.

Dans le premier système, qui était celui de la plupart des Etats européens continentaux³⁸⁷, la compétence législative se détermine d'après la localisation du siège social. Il peut s'agir soit du siège statutaire, soit du siège réel. Le droit allemand a toujours retenu cette solution. Mais récemment, s'agissant des sociétés de capitaux et sous la pression conjuguée du droit de l'UE et d'un phénomène de *law shopping*, le droit allemand a introduit le critère du siège statutaire

³⁸⁶ M. Menjucq, note sous C.A. Paris, 30 avril 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 778.

³⁸⁷ L'Italie, la Suisse (loi fédérale du 18 décembre 1987, article 154, v. *Rev. crit. DIP* 1988, p. 438) et les Pays-Bas se sont ralliés au système de l'incorporation même si, à l'image de l'Italie, des aménagements ont été pris pour éviter les rattachements frauduleux pour éluder les dispositions impératives de la loi italienne. En effet, la loi italienne du 31 mai 1995 réserve l'application du droit italien « si le siège de l'administration est situé en Italie, ou si l'objet principal de telles entités [sociétés, associations, fondations] se trouve en Italie ». La loi italienne du 31 mai 1995 est reproduite à la *Rev. crit. DIP* 1996, p. 179. Dans le même état d'esprit, la loi néerlandaise du 25 juillet 1959 (aujourd'hui codifiée dans le nouveau Code civil, livre I, article 10) condamne les pseudo-sociétés étrangères. S'agissant de l'Italie et des Pays-Bas, le critère retenu s'apparente plus au critère du siège statutaire mais ces effets, en pratique, sont les mêmes que le critère de l'incorporation. Ces deux pays se réfèrent désormais au siège statutaire.

pour les sociétés de capitaux³⁸⁸. Cette réforme a été adoptée dans le cadre du *Gesetz zur modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen*, appelée aussi *MoMiG*³⁸⁹. Cette nouvelle réglementation supprime pour la *GmbH* et la *AktG* la règle selon laquelle le siège réel et le siège statutaire doivent coïncider et être situés tous les deux en Allemagne. Désormais, les *GmbHs* et les *AktGs* pourront dissocier leurs sièges réel et statutaire tout en conservant la personnalité morale allemande (*GmbHG* § 4a et *AktG*. § 5).

S'agissant de la loi applicable à la société, nous allons voir que le principe du siège statutaire comme critère de détermination a été consacré par la loi dans les articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce³⁹⁰.

§ 2. La réinterprétation des articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce : l'inexistence de la bilatéralité de la règle.

125. La confusion entre nationalité et loi applicable par la doctrine et la jurisprudence a conduit à l'adoption d'un critère unique, celui du siège réel, qui jette un peu plus le trouble sur des notions pourtant très différentes. Nationalité et *lex societatis* peuvent être différentes si l'on adopte le critère formel de l'incorporation. Pour rejeter la conception traditionnelle, ce courant doctrinal³⁹¹ procède en deux étapes. Tout d'abord, il réfute l'idée selon laquelle les sociétés seraient dotées d'un statut personnel à la manière des personnes physiques, sur ce point *lex societatis* et statut personnel des individus sont distincts et ne présentent que des similitudes en surface. Ensuite, la preuve est apportée que la *lex societatis* n'est pas

³⁸⁸ Le *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht* (Haut Conseil consultatif allemand en matière de droit international privé) a adopté en février 2006 une proposition de règlement de l'UE ou de loi allemande visant à adopter le critère de l'incorporation. La loi allemande consacrant le critère de l'incorporation pour les sociétés de capitaux entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2008. Cf. *Rev. crit. DIP* 2006, p. 712.

³⁸⁹ À propos de la *MoMiG* : v. www.bmj.de ; la nouvelle réglementation introduit plusieurs réformes comme la réduction du capital social de la *GmbH* de 25000 à 100000 euros. Sur ce point, v. également V. Korom, « La liberté d'établissement des personnes morales et l'affaire *Cartesio* : un pas en arrière ? », *RLDA* mars 2009, n° 36, § 2158, p. 10.

³⁹⁰ H. Synvet, *Rép. int. Dalloz*, n° 36.

³⁹¹ V. not. L. Lévy, *La nationalité des sociétés*, thèse préc., n° 66 et s. ; R. Libchaber, note sous Cass. com., 9 avril 1991, *Rev. sociétés* 1991, p. 746 ; M. Menjucq, *op. cit.*, n° 92 et s.

déterminée par la nationalité de la société mais par la localisation du siège social³⁹².

La doctrine moderne tend à remettre en cause le rôle joué par le siège réel en tant que règle de conflit de lois (A), celle-ci se fonde sur la jurisprudence et sur une nouvelle interprétation des articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce (B).

A/ Le siège statutaire comme critère unique de rattachement de la société à un ordre juridique étatique.

126. La recherche de la *lex societatis* d'une société impose-t-elle la détermination préalable de la nationalité de cette dernière ? La règle de conflit ne désigne-t-elle pas plutôt directement le siège social comme facteur de rattachement ? MM. Batiffol et Lagarde³⁹³ critiquent la position du courant doctrinal moderne qui juge le détour par la nationalité comme inutile. Une telle position, rejetant le caractère bilatéral de la règle de conflit pour identifier la loi applicable à la société et préférant le rattachement à la loi de l'Etat de constitution de la société, revient à identifier la *lex societatis* à la loi nationale de la société. Cependant, identifier la loi applicable à la société par la référence à sa loi de constitution ne signifie pas nécessairement identifier la *lex societatis* à la nationalité de la société. L'extension abusive par la doctrine et la jurisprudence de la Cour de cassation du statut personnel des personnes physiques aux sociétés est aussi décriée par la doctrine moderne.

127. L'assimilation au statut personnel des individus résulte d'une interprétation extensive de l'alinéa 3 de l'article 3 du Code civil par la jurisprudence favorable à la découverte d'un statut personnel des sociétés. Toutefois, il convient de préciser que l'état et la capacité des personnes morales sont assez éloignés de ceux des personnes physiques. Le statut personnel des sociétés régit avant tout l'organisation interne de la société et les rapports des associés

³⁹² H. Synvet, *L'organisation internationale du groupe de sociétés*, thèse préc., n° 92, p. 205 ; du même auteur, *Rép. int. Dalloz*, « Société », n° 44.

³⁹³ Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, n° 192, p. 329.

entre eux. Les arrêts du 21 décembre 1987³⁹⁴ et du 9 avril 1991³⁹⁵ de la Chambre commerciale de la Cour de cassation jugent que « *l'appréciation des pouvoirs des dirigeants d'une société relève de la loi nationale de cette société* ». Ces arrêts témoignent de l'attachement de la jurisprudence à l'assimilation des sociétés commerciales au statut personnel des personnes physiques. En outre, ces arrêts expliquent la bilatéralisation de l'article 3 de la loi du 24 juillet 1966 et font toujours l'amalgame entre nationalité de la société et loi applicable, les deux matières pourtant différentes quant à leurs effets et aux méthodes de détermination sont confondues et sont la preuve des hésitations et des errements de la jurisprudence qui se réfère exclusivement et invariablement au siège réel. Le statut personnel des personnes physiques et celui des personnes morales présentent certaines similitudes mais en aucune façon ne sont de la même nature, « *il s'agit d'organiser des relations horizontales* »³⁹⁶ entre personnes physiques ou entre personnes morales et personnes physiques. H. Synvet partage la même opinion sur le rôle restreint joué par la nationalité et souhaite que « *la fonction retirée de la nationalité des sociétés ne participe pas de l'essence de la notion* » de loi applicable³⁹⁷. De cette façon, la détermination de la loi applicable serait totalement déconnectée de la détermination de la nationalité des sociétés malgré le fait que les deux notions soient très proches.

128. L'autre sujet de discordance concerne le siège réel considéré comme le critère de détermination de la loi applicable. La doctrine moderne refuse, à juste titre, cette idée et concède qu'une telle solution serait envisageable si et seulement si deux conditions étaient remplies. Il faudrait tout d'abord que les sociétés constituées à l'étranger, mais dont le siège est situé sur le territoire français, soient soumises à la loi du *for* en l'absence de fraude

³⁹⁴ *Rev. soc.* 1988, p. 398, note H. Synvet ; *JCP* 1988, II, 21113, concl. Montagnier ; *Bull. Joly* 1988, p. 194, note J.-P. Laborde.

³⁹⁵ *RTD com.* 1991, p. 402, obs. Y. Reinhard ; *Bull. Joly* 1991, p. 589, note L. Faugerolas ; *Rev. soc.* 1991, p. 746, comm. R. Libchaber. Cet auteur constate que « *s'agissant de déterminer les pouvoirs des dirigeants, la Cour n'avait pas besoin d'effectuer un tel trajet : il lui suffisait de rechercher directement la lex societatis de la société Interpart, en se fondant sur le lieu de situation de son siège social effectif. (...) Insérant la détermination de la nationalité dans la recherche de la loi applicable, la Cour a mêlé à tort les deux notions, et surtout corrompu le contenu de la lex societatis en laissant entendre qu'elle devait être déterminée par référence à la nationalité de la société* ».

³⁹⁶ R. Libchaber, note sous Cass. com., 9 avril 1991, *Rev. sociétés* 1991, p. 746, v. spéc. p. 750, § 5.

³⁹⁷ H. Synvet, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, thèse préc., p. 244.

commise par les fondateurs³⁹⁸. Ensuite, la loi étrangère devrait s'appliquer à une société immatriculée en France ou dans un pays tiers. Or, aucune de ces conditions n'est remplie lorsqu'on examine les décisions relatives à la dissociation des sièges réel et statutaire en matière de *lex societatis*. Rien n'indique que le siège réel soit le critère de référence visé par le législateur s'agissant du rattachement juridique d'une société à un Etat. Le siège statutaire permet tout à fait de déterminer la loi applicable à la société. En dehors des hypothèses de fraude à la loi ou de siège fictif, le siège statutaire doit s'imposer comme critère de principe. Les garanties offertes aux tiers vont également dans ce sens puisque ces derniers disposent d'une option, ils peuvent invoquer le siège réel ou le siège statutaire de la société. Par ailleurs, une décision récente de la Cour de cassation semble opter pour cette thèse : le droit français n'évince pas la loi de constitution de la société lorsqu'il n'y a pas de fraude avérée de la part des associés³⁹⁹.

L'interprétation faite par la doctrine moderne des articles L. 210-3 du Code commerce et 1837 du Code civil est la plus judicieuse dans la mesure où le siège statutaire est identifiable immédiatement aussi bien par les tiers que par les juges.

B/ Le rôle accru et exclusif du siège statutaire en droit français.

129. L'attribution d'une nationalité étrangère à une société ne relèverait pas de la compétence des juges français comme cela est le cas en droit international public, le droit des gens retient comme principe que seul un Etat souverain peut accorder ou refuser sa nationalité à une personne physique. La coutume internationale interdit à un juge national d'attribuer une nationalité étrangère à un individu. Batiffol et Lagarde constatent la confusion des problèmes

³⁹⁸ H. Synvet, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, thèse préc., n° 92, p. 205 ; v. également du même auteur, *Rép. int. Dalloz*, « Société », n° 44.

³⁹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 8 décembre 1998, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 284, note M. Menjucq. En l'espèce, les juges, pour déterminer la loi applicable aux pouvoirs des dirigeants sociaux, se réfèrent uniquement au siège social. La 1^{ère} chambre civile prend le contrepied de la position de la chambre commerciale puisqu'elle n'affirme pas que la *lex societatis* est la loi nationale de la société. Il n'y aurait donc pas de lien direct entre la nationalité et la loi applicable à la société.

et critiquent « *l'erreur de méthode* » de la jurisprudence française qui méconnaît « *le caractère par principe unilatéral du droit de la nationalité* »⁴⁰⁰. Il faudrait dès lors adopter, en matière de détermination de la nationalité des sociétés, un raisonnement unilatéraliste comme cela est préconisé par la doctrine moderne⁴⁰¹. Seule l'analogie séduisante avec les personnes physiques aurait fait prendre l'habitude de passer par le détour inutile de la nationalité des sociétés pour déterminer la loi applicable⁴⁰². Il n'y a bilatéralisation des articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce que lorsque la société étrangère possède son siège social à l'étranger. Dans pareil cas de figure, les juges doivent bilatéraliser ces articles pour déterminer la loi applicable à la société.

130. La position de la doctrine moderne fait l'objet d'une controverse dans la mesure où elle remet en jeu le droit d'option des tiers et consacre une nouvelle interprétation de l'alinéa 2 des articles précités. Il est difficilement concevable que les associés de la société ignorent le siège statutaire de la société, ces derniers ne pourraient invoquer le siège réel de la société qu'en cas de fraude à leur encontre. M. Menjucq⁴⁰³ remarque justement que la décision du tribunal de commerce de Paris du 19 octobre 1982⁴⁰⁴ semble conforme à l'interprétation de l'article 3 de la loi du 24 juillet 1966 qui rend inopposable le siège statutaire en cas de dissociation des sièges mais seulement au bénéfice des tiers. Cette position de la jurisprudence rapprocherait la règle de conflit légale de l'article 3 de la loi du 24 juillet 1966 du système de l'incorporation. Cette interprétation rencontre l'approbation d'éminents auteurs comme P. Mayer et H. Synvet⁴⁰⁵ pour qui le critère du siège réel ne jouerait aucun rôle, même à titre

⁴⁰⁰ Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, n° 193, p. 333.

⁴⁰¹ H. Synvet, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, thèse préc. ; L. Lévy, *La nationalité des sociétés*, thèse préc. ; M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.* ; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, *op. cit.*

⁴⁰² M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, n° 37 ; v. également Y. Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, *op. cit.*, p. 87.

⁴⁰³ M. Menjucq, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, thèse préc., n° 189.

⁴⁰⁴ C.A. Paris, 19 octobre 1982, « *Banque ottomane* », *Rev. crit. DIP* 1984, p. 93, note H. Synvet ; *R. J. com.* 1983, note H. Gaudemet-Tallon.

⁴⁰⁵ H. Synvet, thèse préc., p. 212 et s. ; P. Mayer, *op. cit.*, n° 1031 et 1037. P. Mayer remarque que la lecture de la jurisprudence qui fait dépendre la loi applicable à la société par référence au siège réel est erronée. Le siège retenu en principe est le siège statutaire. Les arrêts qui ont fait prévaloir le siège réel ont, en réalité, constaté que le siège statutaire était non seulement fictif mais aussi frauduleux ; il s'agit là d'une simple application de la théorie de la fraude à la loi. S'agissant de la loi applicable à la société, il n'est pas nécessaire à ce stade de faire intervenir la nationalité de la société, le siège social étant largement suffisant pour déterminer la loi applicable à

subsidaire, sauf en cas de fraude à la loi. Il aurait été redondant d'affirmer dans l'alinéa 1^{er} de l'article 3 de la loi de 1966 que le siège réel est le critère de rattachement de principe, puis énoncer dans l'alinéa 2 que les tiers ont un droit d'option qui consiste à invoquer le siège réel en cas de dissociation frauduleuse des sièges. Cette thèse ne s'entend que dans la mesure où ces auteurs donnent à l'article L. 210-3 du Code de commerce un fondement basé sur la théorie de l'apparence⁴⁰⁶. De plus, ainsi interprété, l'alinéa 2 ne consacrerait qu'une réduction du domaine de la *lex societatis* en droit français comme cela a été le cas dans l'affaire de la « *Banque ottomane* » jugée par le tribunal de commerce de Paris le 19 octobre 1982.

131. Deux courants doctrinaux se dessinent :

- le premier courant⁴⁰⁷ considère que les articles L. 210-3 du Code de commerce et 1837 du Code civil consacrent la théorie de la simulation ;
- le second mouvement doctrinal⁴⁰⁸ décèle dans ces articles une application de la théorie de

la société. En outre, il relève trois raisons qui s'opposent à l'immixtion de la nationalité dans la recherche de la *lex societatis* : tout d'abord, l'alinéa 2 de l'article 1837 du Code civil donne aux tiers le droit de se prévaloir à leur choix du siège statutaire ou du siège réel ; comme il est inconcevable que la nationalité de la société change au gré de l'option des tiers, le siège social est pris directement comme facteur de rattachement, et non comme critère attributif de nationalité. Ensuite, la nationalité, au sens strict, est une qualité réservée aux êtres qui possèdent la personnalité (physique ou morale) ; on ne peut donc attribuer une nationalité à la société avant de savoir si elle est valablement créée et possède la personnalité morale. Enfin, il est normal que la règle de conflit du *for* désigne la norme compétente pour donner naissance à une société, à l'aide du meilleur critère ; mais elle ne peut pas octroyer une nationalité étrangère à une société.

⁴⁰⁶ M. Menjucq, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, thèse préc., n° 189.

⁴⁰⁷ Parmi les auteurs fondant ces articles sur la théorie de la simulation : Loussouarn et Bredin, *op. cit.*, n° 266 ; B. Audit, *op. cit.*, p. 418.

⁴⁰⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, n° 194 ; M.-N. Jobard-Bachellier, *L'apparence en droit international privé*, LGDJ, 1984, p. 262 ; H. Synvet, thèse préc., p. 211 et s. ; V. Heuzé et P. Mayer, *op. cit.*, n° 1037, pour l'auteur, un rapprochement peut être établi entre les articles 3 de la loi de 1966 et 1837 du Code civil. En effet, la jurisprudence « *Lizardi* » de la Cour de cassation du 16 janvier 1861 (Cass. req., *D. P.* 1861. 1. 193, *S.* 1861. 1. 305, note Massé ; *Grands arrêts* n° 5) fondée sur l'ignorance excusable de la loi étrangère s'analyserait comme une application de la théorie de l'apparence. Pour MM. Batiffol et Lagarde, une société qui s'est constituée selon la loi française et a fixé son siège statutaire en France ne peut pas échapper, vis-à-vis des tiers, à l'application de la loi française au motif que son siège réel se situerait en réalité à l'étranger. Ils ajoutent que la dissociation des sièges réel et statutaire peut être source de difficultés et que, dans la perspective de prévenir ces difficultés, la Cour de cassation a posé comme principe la présomption que le siège réel se confond avec le siège statutaire.

La théorie de l'apparence se définit comme « la théorie prétorienne en vertu de laquelle la seule apparence suffit à produire des effets à l'égard des tiers qui, par suite d'une erreur légitime, ont ignoré la réalité ». La théorie de la simulation se fonde sur « le fait consistant à créer un acte juridique apparent (dit ostensible) qui ne correspond pas à la réalité des choses, soit pour faire croire à l'existence d'une opération imaginaire, soit pour masquer la nature ou le contenu réel de l'opération (ex. dissimulation du prix, déguisement d'une donation en vente), soit pour tenir secrète la personnalité d'une ou de plusieurs des parties à l'opération (interposition de personnes), etc... ». V. G. Cornu, *op. cit.*

l'apparence.

La simulation n'est pas le véritable fondement de ces articles⁴⁰⁹. Celle-ci ne peut pas prendre en compte les cas de dissociation des sièges réel et statutaire, en dehors de toute délibération des associés⁴¹⁰. C'est pourquoi il serait plus opportun d'opter pour un fondement basé sur la théorie de l'apparence pour tenter d'expliquer l'option dont bénéficient les tiers. D'après M. Synvet, l'apparence joue aussi bien à l'égard du siège statutaire que du siège réel lorsque celui-ci est situé sur le territoire français⁴¹¹. H. Synvet ajoute que « *la localisation en France du siège social réel crée une apparence dont le droit doit tenir compte* »⁴¹², la société ne peut pas opposer l'existence d'un siège statutaire à l'étranger même s'il n'est pas frauduleux.

132. Pour Mme Jobard-Bachellier, qui interprète littéralement les articles précités, l'apparence ne peut jouer qu'à l'égard du seul siège statutaire, les tiers ne pouvant pas invoquer une erreur légitime portant sur « *une localisation du siège dans tout autre endroit que celui dans lequel se trouve le siège statutaire* »⁴¹³. Pour aboutir à une telle solution, cet auteur se fonde sur la croyance erronée des tiers qui est le préalable nécessaire à la mise en œuvre de la théorie de l'apparence. De plus, les alinéas 2 des articles L. 210-3 du Code de commerce et 1837 du Code civil ne mentionnent à aucun moment l'exigence d'une erreur légitime des tiers. Un tel constat nous amène à nous interroger sur le bien fondé de la thèse défendue par M. Synvet⁴¹⁴. En réponse à cette argumentation, M. Synvet⁴¹⁵ répond que le législateur a eu recours, comme en matière de pouvoirs des dirigeants sociaux⁴¹⁶, à une présomption d'erreur légitime des tiers ainsi dispensés d'en rapporter la preuve. La

⁴⁰⁹ M. Menjucq, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, thèse préc., n° 190.

⁴¹⁰ *Ibid.*, l'auteur utilise l'expression de « *transferts de fait* ». Autrement dit, les cas de figure dans lesquels la société transfère son siège effectif de direction mais sans décision en ce sens. Dans pareille hypothèse, la simulation ne porte pas sur un acte juridique qui est l'élément nécessaire pour appliquer la théorie de la simulation mais sur l'élément de rattachement, à savoir la localisation du siège social.

⁴¹¹ H. Synvet, thèse préc., note n° 293. Selon cet auteur, l'apparence prendrait forme dans le pays où se situe le siège réel, il revient donc à la législation de ce dernier d'en tirer les conséquences juridiques.

⁴¹² *Ibid.*, p. 214.

⁴¹³ M.-N. Jobard-Bachellier, *op. cit.*, n° 381, p. 265.

⁴¹⁴ M. Menjucq, *op. cit.*, n° 191.

⁴¹⁵ H. Synvet, thèse préc.

⁴¹⁶ M. Menjucq, *op. cit.*, note n° 769. L'auteur remarque que la notion de mandat apparent fait l'objet, en jurisprudence, d'une interprétation restrictive concernant les garanties accordées par un dirigeant de société, en vertu de l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966. En ce sens : Cass. com., 24 février 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 211, note PLC ; CA Paris, 27 février 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 501.

jurisprudence, aussi bien administrative que judiciaire, se concilie assez mal avec la théorie de l'apparence. Les juges accordent le droit d'option indépendamment de l'existence d'une erreur légitime ou non des tiers, donc de la situation réelle de la société, et ce dans tous les cas de figure.

133. Dans les arrêts de la Cour administrative d'appel de Paris du 2 juillet 1991⁴¹⁷ et en particulier celui de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 23 février 1993⁴¹⁸, les juges ont décidé que la mise en œuvre de l'alinéa 2 des articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce est indifférente à la bonne foi des tiers. Par conséquent, quelles que soient les circonstances de l'affaire et la bonne ou mauvaise foi du tiers, celui-ci dispose d'un droit d'option entre le siège réel et le siège statutaire de la société. Cependant, ces arrêts ne sont pas relatifs à une question de conflits de lois et n'envisagent donc pas le rattachement de la règle de conflit française. Ils avaient trait à des questions de procédure fiscale et de compétence juridictionnelle. Leur intérêt réside essentiellement dans le fait que les juges se sont référés directement à l'alinéa 2 de l'article 1837 du Code civil⁴¹⁹. D'après M. Synvet, « *la localisation du siège social réel crée une apparence dont le droit doit tenir compte* »⁴²⁰, la société ne peut pas opposer l'existence d'un siège statutaire à l'étranger, même si celui-ci n'est pas frauduleux. Ces arrêts s'écartent de la position doctrinale moderne dans la mesure où ils appliquent l'alinéa 2 des articles précités alors même que la présomption d'erreur est renversée et qu'elle pèse en l'espèce sur la société⁴²¹. Il est difficilement concevable que l'administration fiscale française ait pu ignorer de bonne foi l'existence du siège statutaire New-yorkais de la société. Dans l'affaire jugée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 23 février 1993, les juges admettent explicitement, pour un litige interne, le recours aux dispositions de l'article 1837 du Code civil, de sorte que même si l'affaire ne

⁴¹⁷ C.A. Paris, 2^{ème} sect., « *S.A. Romantic Music Corporation* », 2 juillet 1991, *Bull. Joly sociétés* 1991, 341, p. 858. En l'espèce, une société invoquait l'existence de son siège statutaire à New-York à l'encontre de l'administration fiscale française qui lui avait adressé un avis de mise en recouvrement au siège réel de la société situé en France à Paris, lieu où se trouvaient la direction effective de la société mais aussi où la société disposait de la plupart de ses comptes courants.

⁴¹⁸ Cass. com., 23 février 1993, *Dr. soc.* 1993, n° 85, obs. T. Bonneau.

⁴¹⁹ M. Menjucq, *Droit international et européen des affaires*, op. cit., n° 99.

⁴²⁰ H. Synvet, thèse préc., p. 212 et s.

⁴²¹ M. Menjucq, thèse préc., n° 191, p. 137.

concerne qu'une hypothèse de dissociation des sièges à l'intérieur du territoire français, le raisonnement peut être étendu à un litige international. Cependant, un auteur considère que la Cour de cassation a appliqué l'article 1837 du Code civil « *dans un domaine qui n'est pas le sien* »⁴²². La Cour soutient cette solution en énonçant que si les tiers peuvent se prévaloir du siège réel, « *ce choix ne saurait être arbitraire ou à tout moment modifiable* ». La Cour rejette le pourvoi en posant très clairement la liberté de choix dont disposent les tiers, « *les tiers peuvent saisir à leur choix* » l'un des deux tribunaux en vertu de l'article 1837 alinéa 2 du Code civil.

134. La jurisprudence refuse de limiter le droit d'option accordé aux tiers par l'alinéa 2 des articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce. À ce titre, l'explication de cet alinéa supprimant la condition d'ignorance légitime du siège réel doit être recherchée ailleurs. La volonté du législateur pourrait être de protéger au maximum les tiers qui peuvent se méprendre sur l'existence et la dissociation des sièges réel et statutaire de la société avec laquelle ils seraient en litige. La sécurité juridique et la prévisibilité des juridictions compétentes serait ainsi le facteur déterminant d'une telle interprétation de la part de la jurisprudence qui refuse de limiter ce droit d'option par la connaissance de la situation de la société. Le raisonnement de la Cour de cassation octroie un « *privilege absolu pour les tiers, indépendamment de leur comportement et de leurs croyances* »⁴²³. En vertu d'un tel privilège, les tiers ont « *le choix entre l'application des deux lois, celle du siège statutaire et celle du siège réel (lorsque la localisation de ces deux sièges diffère) au mieux de leurs intérêts (...)* »⁴²⁴. Une telle interprétation de l'alinéa 2 lui donne le caractère « *d'une véritable règle de conflit à rattachement alternatif établie au profit des tiers* »⁴²⁵. Mais une telle règle ne vaut que pour le droit international privé. En droit français, le critère de rattachement des sociétés est essentiellement axé sur le siège statutaire et il ne révèle pas une volonté du législateur de soumettre les sociétés étrangères disposant en France d'un centre d'exploitation à la loi

⁴²² Cass. com., 23 février 1993, *Dr. soc.* 1993, n° 85, obs. T. Bonneau.

⁴²³ M.-N. Jobard-Bachelier, *op. cit.*, n° 392.

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ *Ibid.* L'auteur parle de rattachement alternatif dans la mesure où la règle de conflit dépend du droit d'option des tiers, à savoir si la juridiction du siège statutaire est saisie ou bien celle du siège réel.

française⁴²⁶.

135. Il est permis de penser que le droit français s'oriente vers le critère de l'incorporation puisqu'en dehors de l'hypothèse de la fraude, le siège social fictif n'est invocable que par les tiers. Ce trait caractéristique d'un infléchissement vers le critère formel de l'incorporation, initié par la jurisprudence dès les années 1970 par l'arrêt « *CCRMA* »⁴²⁷ de la Cour de cassation et confirmé par l'arrêt de l'assemblée plénière du 21 décembre 1990⁴²⁸, se traduit également par une admission plus stricte du siège fictif aussi bien en droit interne qu'en droit international privé. Si l'on examine la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation, le postulat de départ était que la dissociation des sièges réel et statutaire cachait nécessairement le caractère fictif du siège statutaire⁴²⁹. L'application du siège réel se révèle être d'une complexité trop grande pour les juges du fond, spécialement dans le cas d'une société exerçant une activité internationale et possédant ainsi plusieurs établissements dont certains peuvent être d'une importance égale. La notion de siège social fictif n'est également pas inconnue du droit des procédures collectives⁴³⁰ puisque le tribunal compétent pour ouvrir la procédure collective est celui dans le ressort duquel se situe le siège de direction. En droit interne, le caractère fictif n'est reconnu que dans les cas extrêmes où le siège social n'est que purement formel⁴³¹. La Cour de cassation admet de manière restrictive le siège fictif puisqu'elle a jugé que l'inoccupation de locaux suite à la location-gérance d'un fonds de commerce ne détermine pas le caractère fictif⁴³².

⁴²⁶ M. Menjucq, thèse préc., n° 192, p. 138.

⁴²⁷ Arrêt préc.

⁴²⁸ Arrêt préc.

⁴²⁹ Civ. 1^{ère}, 21 juillet 1987, *Rev. soc.* 1988, p. 98, note A. Honorat. Dans un attendu de principe, la Cour de cassation énonce que : « *si le domicile est en principe le siège social fixé par les statuts, il ne peut en être autrement lorsque ce siège n'est qu'une fiction et qu'il est établi que les opérations de la société se font toutes ou généralement dans un autre lieu (...)* ».

⁴³⁰ M. Menjucq, *op. cit.*, n° 193. Toutefois, le décret n° 809-339 du 29 mai 1989 (*J.O.* 30 mai 1989, p. 6761) dispose que le changement de siège social dans les six mois précédant la saisine du tribunal ne modifie pas la compétence du tribunal dans le ressort duquel se situait le siège d'origine. Le caractère fictif ou réel du siège social n'a pas ici d'importance, le but étant d'empêcher la société de se soumettre à une *lex concursus* plus favorable pouvant être préjudiciable à l'intérêt des tiers créanciers.

⁴³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 21 juillet 1987, arrêt préc. La première chambre civile de la Cour de cassation a établi le caractère fictif du siège parisien de la société en raison du fait que celui-ci était un simple bureau sans personnel. Par conséquent, la présence du siège réel à Bruxelles entraînait la compétence de la juridiction belge.

⁴³² Cass. com., 24 novembre 1982, *Bull. civ. IV*, n° 370, p. 311.

§ 3. L'articulation de la *lex societatis* avec d'autres lois concurrentes : les limites au domaine de la *lex societatis*.

136. Défini de façon très large par la jurisprudence française, le domaine de la *lex societatis* s'entend comme la loi qui régit la constitution de la société, l'émission des titres et leur régime, l'organisation interne, le fonctionnement, l'aptitude à contracter, les pouvoirs des organes sociaux, la dissolution et enfin la liquidation. Toutefois, l'application de la *lex societatis* n'est pas en principe exclusive. Son domaine d'application peut être restreint par la mise en œuvre de règles connexes ayant priorité sur elle. Il arrive que la *lex societatis* s'articule avec des règles juridiques émanant d'ordres juridiques étrangers et entrant en concurrence avec elle. M. Francescakis a reconstruit la théorie des « *lois d'application immédiate* »⁴³³, expression désignant initialement les lois de police. Selon lui, l'application sur le plan international de ces normes ne requiert pas l'intervention d'une règle de conflit. Approfondissant par la suite son analyse, l'auteur utilise l'expression de « *lois de police* » faisant référence à la fonction que remplissent ces règles dans l'ordre juridique qui les pose⁴³⁴. La jurisprudence française peut être amenée à éluder l'application de la *lex societatis* et imposer le respect de règles locales à titre de lois de police. L'expression « *lois d'application immédiate* » signifie que certaines lois fixent elles-mêmes leur champ d'application dans l'espace sans la médiation d'un règle de conflit⁴³⁵. Par conséquent, les lois de police s'appliquent à des situations internationales appréhendées par le législateur pour éviter toute atteinte à l'ordre public.

⁴³³ Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, 1958, p. 11 ; H. Batiffol et Ph. Francescakis, « L'arrêt Boll de la Cour internationale de Justice et sa contribution au droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1958, p. 259 ; P. Graulich, « Règles de conflits et règles d'application immédiate », in *Mélanges J. Dabin*, 1963, p. 629 ; R. de Nova, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », in *Mélanges Malaury*, 1960, t. 1, p. 377 et s.

⁴³⁴ Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 1 ; du même auteur, « Lois d'application immédiate et règles de conflit », *Rev. dir. int. priv. proc.* 1967, p. 691 ; *Rép. Dalloz dr. int.*, 1^{ère} éd., « Conflits de lois (principes généraux) », n° 136 ; « Y-a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », in *Travaux du comité français de dr. int. pr.*, 1966-1969, p. 149 ; « Lois d'application immédiate et droit du travail. L'affaire du comité d'entreprise de la Compagnie des Wagons-lits », *Rev. crit. DIP* 1974, p. 273.

⁴³⁵ B. Ancel et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 53.

Bénéficiant d'une compétence incontestée pour régir le fonctionnement et le statut interne de la société, la *lex societatis* peut cependant entrer en concurrence avec les lois de police et de sûreté d'un Etat (A). Elle peut également voir son champ d'application restreint par l'ordre public international ou du droit de l'UE (B).

A/ Les lois de police : limite naturelle à l'application de la *lex societatis*.

137. Seule la loi du siège social a vocation à régir le statut juridique de la société. Cependant, un Etat peut appliquer certaines dispositions impératives à des sociétés constituées régulièrement à l'étranger. Dans ce cas de figure, il s'agit de passer outre le rattachement de la société pour permettre justement à l'Etat d'appliquer ses dispositions impératives par le mécanisme des lois de police⁴³⁶. Leur domaine d'application est très strictement limité par le droit de l'UE qui veille à l'encadrement des lois de police des Etats membres en limitant leur application à travers le besoin de cohérence dans le droit applicable à la société (1). Rares sont les dispositions qui sont susceptibles d'interférer avec la loi applicable au fonctionnement interne de la société. Seuls le droit du travail, le droit boursier et le droit de la concurrence viennent limiter le domaine d'application de la *lex societatis*⁴³⁷ (2).

1. Lois de police et droit de l'UE : un strict encadrement.

138. Les dispositions qui nous intéressent sont celles des articles 49 et 54 TFUE relatives à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services. L'article 54 TFUE institue une égalité entre les différents modes de constitution des sociétés consacrés par les Etats membres de l'Union européenne. En dépit de l'égalité entre les différents critères de rattachement assurée par l'article 54 TFUE, la Cour de justice s'est explicitement orientée vers le critère de l'incorporation.

⁴³⁶ H. Synvet, *Rép. internat. Dalloz*, « Société », n° 143. Pour l'auteur, « la loi de police à considérer ici est donc celle qui évince la *lex societatis* de son domaine naturel d'application ».

⁴³⁷ *Ibid.*, n° 145.

139. Saisie suite à un recours préjudiciel, la Cour de justice décide, dans l'arrêt « *Inspire Art* » du 30 septembre 2003⁴³⁸, que les articles 43 et 48 du Traité CE s'opposent à la loi néerlandaise du 17 décembre 1997 relative au capital minimal et aux obligations des dirigeants sociaux puisqu'elle soumet les sociétés issues des autres Etats membres à certaines conditions restrictives concernant le capital minimal et la responsabilité des dirigeants sociaux. La loi néerlandaise avait pour objet d'éviter la constitution de « *sociétés étrangères de pure forme* » et s'imposait à titre de lois de police aux sociétés étrangères. Pour la Cour de justice, la protection des créanciers est assurée par les directives du droit de l'UE et il n'est pas frauduleux de rechercher la loi la moins contraignante. La Cour de Luxembourg ajoute que, s'agissant de la préservation des contrôles fiscaux et de la loyauté des transactions commerciales, le gouvernement hollandais n'a pas rapporté la preuve de la proportionnalité entre les mesures prises et la situation en cause. L'applicabilité des lois de police aux sociétés issues d'un autre Etat membre de l'Union européenne se trouve être fortement atténuée par la jurisprudence de la Cour de justice. Toutefois, la portée de cet arrêt de la Cour de justice quant à l'intervention des lois de police en matière de droit des sociétés doit être « *mesurée* »⁴³⁹. Tout d'abord, la jurisprudence « *Inspire Art* » ne peut pas être invoquée par une société constituée dans un Etat non membre de l'Union européenne, les lois de police restent applicables aux sociétés tiers à l'Union européenne. En outre, cet arrêt va dans le sens de la soumission de la société à la loi de son Etat de constitution, ce qui renforce le critère de l'incorporation en droit de l'UE et limite l'intervention des lois de police lorsque cet Etat fait partie de l'Union européenne. Par conséquent, dans le cadre de l'UE, un Etat membre ne peut pas limiter le domaine d'application de la *lex societatis* de la société étrangère même au moyen des lois de police qui sont pourtant d'application immédiate et universelle. La seule réserve admise par la Cour de Luxembourg réside dans la possibilité pour les Etats membres d'invoquer la théorie de la fraude à la loi, mais celle-ci semble difficile à mettre en œuvre dans la mesure où les juges de Luxembourg ne l'ont pas jusqu'à présent retenue.

⁴³⁸ CJCE, « *Inspire Art* », 30 septembre 2003, aff. C-167/01, *Rec. CJCE* I. 10155 ; *D.* 2003, AJ 2504 ; *D.* 2004, p. 491, note E. Pataut ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 151, note H. Muir Watt ; *Rev. Europe* 2003, p. 27, obs. L. Idot ; *JCP* 2004, II, 10002, note M. Luby ; *Bull. Joly* 2003, p. 1296, note M. Menjucq ; M. Menjucq, « Rattachement de la société européenne et jurisprudence communautaire sur la liberté d'établissement : incompatibilité ou paradoxe ? », *Dalloz* 2003, p. 2874.

⁴³⁹ H. Synvet, *Rép. internat. Dalloz*, « Société », n° 147.

2. Les domaines d'intervention des lois de police.

140. L'importance des lois en cause est tel qu'il est nécessaire d'imposer leur application à des sociétés étrangères. Les domaines principaux où les lois de police sont susceptibles de s'appliquer sont le droit boursier (a) et le droit de la concurrence (b).

a) L'application concurrente du droit boursier et de la *lex societatis* de la société étrangère.

141. Ces limites ne concernent que les sociétés de capitaux comme les sociétés anonymes qui font appel public à l'épargne ou dont les titres s'échangent sur des marchés financiers. Par conséquent, ce type de société est soumis à deux corps de règles juridiques :

- d'une part, le droit commun des sociétés ;
- et d'autre part, un droit des sociétés spécial dont l'objet est d'assurer le bon fonctionnement des marchés mais aussi la sécurité des investisseurs. Dès lors qu'une société souhaite s'implanter sur un marché étranger, deux ordres juridiques vont nécessairement entrer en conflit. Nous aurons d'un côté le droit boursier de l'Etat étranger et de l'autre, la *lex societatis* de la société. Le droit boursier s'applique à l'ensemble des investisseurs présents sur le marché mais il évite de s'appliquer à des domaines propres à la compétence de la *lex societatis* de la société. Les règles françaises relatives au droit boursier sont à rechercher dans le Code monétaire et financier, le règlement général du Conseil des marchés financiers et les règlements de l'Autorité des marchés financiers (AMF), ainsi que les règles d'Euronext⁴⁴⁰. La mesure la plus importante et la plus connue concerne tout d'abord l'appel à l'épargne publique en France. Le règlement de l'AMF n° 98-01⁴⁴¹ pris sur la base de l'article L. 412-1 du Code monétaire et financier, impose à « *tout émetteur privé ou public, français ou étranger, à l'exception de l'Etat français, qui demande l'admission d'instruments financiers aux négociations sur un marché réglementé ou qui émet en France des instruments financiers*

⁴⁴⁰ H. Synvet, *Rép. internat. Dalloz*, « Société », n° 173 *in fine*.

⁴⁴¹ *J.O.*, 2 mars 1998.

dont il projette de demander l'admission aux négociations sur un marché réglementé », d'établir un prospectus soumis au visa préalable de l'AMF. Le règlement de l'AMF n° 98-08⁴⁴² relatif à l'offre public d'instruments financiers, inclut dans son champ d'application l'offre d'instruments financiers faite par une société étrangère et par conséquent « *émis sur le fondement d'un droit étranger* ». Toutes ces exigences n'entravent en rien le domaine de la *lex societatis* puisque l'établissement de tels prospectus ne concerne pas le statut juridique de la société. Par ailleurs, l'article 39 du règlement de l'AMF n° 98-01 impose aux sociétés étrangères cotées en France une obligation d'information. Cet article dispose que « *les informations doivent être équivalentes à celles données sur les autres marchés où les titres sont négociés et faire l'objet d'un dépôt à la Commission [aujourd'hui l'AMF] au plus tard lors de leur publication* ». L'article 7 du règlement de l'AMF n° 98-07⁴⁴³ exprime la même idée et dispose que « *tout émetteur doit assurer en France de manière simultanée une information identique à celle qu'il donne à l'étranger* ». les émetteurs soumis à ce règlement sont aussi bien des sociétés de droit français que des sociétés étrangères. Il n'y a pas de véritable conflit de lois entre ces lois de police et la *lex societatis* étrangère même si celle-ci contient des dispositions relatives à l'information des actionnaires. Ces dispositions peuvent s'appliquer de manière concurrente dès lors « *que la loi boursière ne prétend pas sanctionner sa violation d'une manière qui interférerait avec le fonctionnement de la société* »⁴⁴⁴. Un autre point important concerne l'application du droit boursier français aux transactions effectuées par les émetteurs étrangers sur leurs propres titres cotées en France. L'article 5 du règlement de l'AMF n° 90-04⁴⁴⁵ relatif à l'établissement des cours vise « *tout émetteur dont les titres (...) émis sur le fondement d'un droit étranger, sont admis aux négociations sur un marché réglementé* ». L'obligation de respecter certaines conditions de réalisation de transactions effectuées en France par des sociétés étrangères ne constitue pas une entrave au domaine de leur *lex societatis*.

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ *Ibid.*

⁴⁴⁴ H. Synvet, *Rép. internat. Dalloz*, « Société », n° 162.

⁴⁴⁵ Règlement AMF n° 90-04 homologué par un arrêté du 5 juillet 1990 et publié au *Journal Officiel* le 20 juillet 1990.

b) Les limites à la *lex societatis* fixées par le droit de la concurrence.

142. Les pratiques visées par le droit de la concurrence et pouvant limiter le domaine de la *lex societatis* des sociétés étrangères sont essentiellement les concentrations d'entreprises. La matière est réglementée par les articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce mais également par le règlement CE n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004⁴⁴⁶ qui appréhende les opérations de concentration de dimension européenne. Le droit français des concentrations a fait l'objet de profondes modifications depuis la loi n° 2001/401 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques⁴⁴⁷ allant dans le sens d'un rapprochement évident et nécessaire avec le droit de l'Union européenne. L'AMF a admis, dans l'hypothèse où une société étrangère souhaite procéder à un rachat de ses propres actions cotées en France, que *« dans la mesure où le fonctionnement interne des sociétés relève de l'Etat où se situe leur siège social, les émetteurs étrangers qui souhaitent intervenir sur le marché français sont tenus à l'établissement d'une note d'information soumise au visa de la Commission mais ne sont pas tenus de la soumettre à leur assemblée générale si le droit qui leur est applicable ne les y oblige pas »*⁴⁴⁸.

143. Le problème de droit est de déterminer dans quelles conditions la réglementation des concentrations peut être appliquée à une société étrangère. Pour répondre à cette question, il faut dans un premier temps délimiter le champ d'application dans l'espace de la

⁴⁴⁶ Le règlement CE n° 139/2004 du 29 janvier 2004 (*JOUE*, n° L 24) a remplacé le règlement CEE n° 4064/89. Les opérations de fusion, d'acquisition du contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs entreprises, ainsi que la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome sont visées par l'article 3 du règlement n° 139/2004. Dès lors qu'une opération dépasse un certain seuil, l'article 4 dispose que celle-ci doit être notifiée à la Commission européenne avant sa réalisation et après la conclusion de l'accord. Une telle mesure a pour objet de veiller à ce que les entreprises en cause dans l'opération n'ont pas apporté de changements significatifs et ont respecté les obligations posées par le règlement. L'article 7 du règlement ajoute que la concentration ne peut se réaliser sans avoir été notifiée et sans avoir été déclarée compatible avec le marché commun par une décision de la Commission européenne. Cette dernière se détermine en fonction de critères fixés par l'article 2 du règlement, elle peut ainsi assortir la réalisation de la concentration à certaines conditions préalables. S'agissant d'assurer le respect du droit de l'UE, la Commission, conformément à l'article 8 § 4 du règlement, peut ordonner aux entreprises ayant procédé à une concentration irrégulière de la dissoudre.

⁴⁴⁷ Loi NRE (« Nouvelles régulations économiques ») du 15 mai 2001, n° 2001/420, *J.O.* 16 mai 2001, p. 7776. Codifiée aux art. L. 430-3 et s. du Code de commerce.

⁴⁴⁸ Rapport annuel de la Commission des opérations en bourse, 1998, p. 35.

réglementation des concentrations. Le critère de rattachement retenu traditionnellement par le droit de la concurrence est celui des effets sur le marché. Si la concentration incriminée a des effets néfastes sur le marché français, le droit français des concentrations peut recevoir application même si les entreprises en cause relèvent d'un droit étranger et possèdent leurs sièges sociaux à l'étranger. La simple manifestation d'une conséquence néfaste sur le marché français est la condition *sine qua none* de l'application du droit français de la concurrence. En matière de concentrations, l'article 2 § 3 du règlement CEE n° 4064/89⁴⁴⁹ permettait une solution comparable lorsqu'il énonçait que « *les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun* ». Mais la démarche de la Commission fut teintée de pragmatisme. Son rôle se limitait à vérifier si les seuils de franchissement du contrôle prévus à l'article 1^{er} du règlement étaient atteints. Ainsi, cette approche ne prenait pas en considération le rattachement des sociétés parties à l'opération. Par conséquent, le règlement CEE n° 4064/89 fut appliqué à des concentrations d'entreprises toutes étrangères. Le règlement CE n° 139/2004⁴⁵⁰ qui remplace le règlement CEE n° 4064/89 consacre également cette conception. Le droit français applique la théorie des effets depuis l'affaire « *Cabot-Ashland* »⁴⁵¹ dans laquelle le rapprochement de deux sociétés américaines leur conférait une position dominante sur le marché français d'un produit. En outre, la position de principe des autorités françaises est que « *les règles du droit national relatives au contrôle des concentrations ne distinguent pas selon que les parties à l'acte sont régies, pour leur constitution et leur fonctionnement, par le droit français ou par un autre droit national, ni selon qu'elles sont implantées ou non sur le territoire français. Elles s'appliquent en revanche dès lors que l'opération est susceptible de produire des effets sur le territoire*

⁴⁴⁹ Règlement CEE relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (ancien règlement) du Conseil du 21 décembre 1989 n° 4064/89, *J.O.* L 395, 30 décembre 1989. Avis rectificatif : *J.O.* L 257, 21 septembre 1990.

⁴⁵⁰ Règlement CE du Conseil du 20 janvier 2004, *JOUE*, n° L 24, 29 janvier 2004. Le dixième considérant de l'exposé des motifs dispose qu'« *une concentration est réputée de dimension communautaire lorsque le chiffre d'affaires total des entreprises concernées dépasse les seuils donnés ; tel est le cas, que les entreprises qui réalisent la concentration aient ou non leur siège ou leurs principaux domaines d'activité dans la Communauté, pour autant qu'elles y déploient des activités substantielles* ».

⁴⁵¹ Arr. n° 84-530 du 19 juillet 1984 et avis du 10 mai 1984, *BOSP* 22 juin 1984, p. 182.

national et qu'elle répond aux conditions de seuil de l'article L. 430-1 du Code de commerce »⁴⁵². D'après H. Synvet, une conception envisageable serait « *un alignement sur l'approche communautaire, par une application mécanique des nouvelles dispositions du Code de commerce relatives au franchissement de seuils déclenchant l'obligation de notification* »⁴⁵³.

À côté des lois de police qui restreignent le champ d'application de la *lex societatis*, il existe des règles juridiques constitutives de l'ordre public international⁴⁵⁴ d'un Etat et qui peuvent être amenées à limiter le domaine d'application de la *lex societatis*.

B/ Le rejet de la *lex societatis* par l'ordre public international et de l'Union européenne.

144. Dans le cadre de la méthode conflictuelle⁴⁵⁵, l'ordre public international constitue un

⁴⁵² Rapport du Conseil de la concurrence pour 2001, p. 52.

⁴⁵³ H. Synvet, *Rép. Int. Dalloz*, « Nationalité », n° 155.

⁴⁵⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, éd. Quadrige/PUF, Paris, 2011, p. 714. En droit international privé, l'ordre public se définit comme un « a) ensemble de principes, écrits ou non, qui sont, au moment où l'on raisonne, considérés, dans un ordre juridique, comme fondamentaux et qui, pour cette raison, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée (article 6 du Code civil) mais aussi des lois étrangères et des actes des autorités étrangères (en quoi il est dit parfois ordre public d'éviction). Pour marquer la distinction d'avec la notion homonyme du Droit interne, on parle parfois d'ordre public international ou d'« ordre public au sens du droit international privé » ; pour rappeler la spécificité du contenu de la notion dans chaque ordre juridique, on parle d'« ordre public international français », « allemand », etc. ; lorsque les principes apparaissent comme reflétant, non pas les conceptions particulières d'ordre juridique, mais la conviction dans celui-ci que ces principes sont en fait, ou devraient être, consacrés dans le monde entier (« principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »), il est parlé d'« ordre public véritablement international ».

b) Spécialement en matière de conflit de lois, les mêmes principes lorsqu'ils conduisent à écarter l'application d'une loi étrangère rendue applicable par une règle de conflit (réserve de l'ordre public) ».

⁴⁵⁵ Pour Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, op. cit., n° 63 et s., la méthode conflictuelle se définit comme la démarche intellectuelle qui amène le juge, lorsqu'il doit connaître d'un litige international comportant nécessairement un élément d'extranéité, à consulter sa propre règle de conflit de lois et déterminer la loi applicable par référence à la règle de conflit. Ces auteurs distinguent trois traits caractéristiques de la méthode conflictuelle : il s'agit essentiellement d'un problème de choix entre plusieurs lois applicables (on citera le cas du droit anglais qui emploie la terminologie de « *choice of law* » révélatrice de la nature même de la règle de conflit qui permet de faire un choix de la loi applicable). Ainsi, la règle de conflit est, en principe, une règle bilatérale qui peut déboucher sur l'application soit de la loi du *for*, soit de la loi étrangère. Ensuite, chaque Etat a son système de conflit de lois, ce qui conduit le juge à appliquer d'abord ses règles de conflit. Enfin, la règle de conflit désigne comme loi applicable une loi interne, la loi du pays ayant le rattachement le plus fort avec le rapport de droit en cause.

moyen pour évincer l'application de la *lex societatis* compétente. L'exception d'ordre public remplit une triple fonction. Tout d'abord, elle a pour objet d'éliminer les lois étrangères qui commanderaient une solution injuste, contraire au droit naturel. Il en est ainsi d'une loi qui priverait un individu de certains droits pour des motifs d'ordre racial ou qui porterait atteinte à la liberté d'un autre, « *le sentiment du juste et de l'injuste, bien que relatif, s'impose donc à celui qui l'éprouve avec la force d'une vérité absolue* »⁴⁵⁶. L'examen de la loi étrangère applicable se fait au regard des dispositions du droit interne du juge saisi. Le *for* saisi va donc analyser les dispositions de la loi étrangère en cause à la lumière de son propre droit interne. Le troisième rôle de l'ordre public est d'assurer la « *sauvegarde de certaines politiques législatives* »⁴⁵⁷, cela peut être la nécessité de faire respecter de nouvelles lois. Goldman⁴⁵⁸, partisan de l'ordre public international, remarque qu'il s'appliquerait de façon différente parce que sa compétence serait directe. Par conséquent, il ne s'agirait pas d'écarter la loi compétente. Tout en admettant une telle notion, l'auteur limite son utilisation aux juridictions internationales d'arbitrage dans la mesure où l'ordre public international ne peut être confondu avec « *l'ordre public de rattachement* » qui fonde pour certains auteurs⁴⁵⁹ l'application des lois nationales impératives.

145. La convention de Rome du 19 juin 1980 contient classiquement une référence au droit international public dans son article 16⁴⁶⁰. Cet article permet aux Etats signataires de faire une réserve en invoquant l'ordre public international s'agissant de la mise en œuvre d'une disposition émanant d'une loi étrangère. De cette façon, l'ordre public va permettre aux juges nationaux de ne pas appliquer une loi étrangère désignée par la méthode du conflit de lois au profit d'une règle de droit interne plus protectrice et moins choquante. Mais la notion d'ordre public international est assez floue et encore plus étroite que celle d'ordre public en droit interne. La doctrine s'accorde pour dire que l'ordre public international a pour fonction d'éliminer l'application d'une règle étrangère dont le contenu serait « *susceptible de produire*

⁴⁵⁶ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 199 et s.

⁴⁵⁷ Batiffol et Lagarde, *Traité, op. cit.*, n° 359.

⁴⁵⁸ Goldman, *Clunet* 1986, p. 168.

⁴⁵⁹ Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, t. 1, n° 355 ; Ph. Francescakis, *Rép. Dalloz Dr. int. pr.*, « Ordre public », n° 21.

⁴⁶⁰ L'article 16 de la Convention de Rome dispose que « *l'application d'une disposition de la loi désignée (...) ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for* ».

des conséquences particulièrement choquantes »⁴⁶¹ ou bien qui méconnaîtrait « *les principes de droit public ou privé communs aux nationaux civilisés, expression de la morale et de la justice objectives* »⁴⁶². En outre, en dehors du cadre régional du droit de l'UE, il n'y a que très peu de règles internationales édictées par la Communauté internationale permettant de dégager des principes universels. Toutefois, le droit de l'UE pourrait donner un nouveau souffle au concept d'ordre public international puisqu'il existe un véritable droit supranational résultant de l'adoption des règlements et des directives. L'ordre public de l'UE souffre des mêmes inconvénients que l'ordre public international : d'une part, définir des principes reconnus universellement par la communauté internationale n'est pas chose facile dans la mesure où le droit conventionnel est très peu développé ; d'autre part, et c'est là que le problème se pose, l'ordre public de l'UE se caractérise par une absence totale de définition de son contenu.

146. Quelles sont donc les normes juridiques qualifiables d'ordre public de l'UE ? Il appartient aux instances de l'Union européenne et à la Cour de justice de définir concrètement l'ordre public de l'UE. Ainsi, les principes contenus dans les directives et règlements sont qualifiables de principes d'ordre public de l'UE en raison de l'effet direct des normes de droit primaire et de l'application de toutes les règles de droit dérivé élaborées par les organes de l'UE. *A contrario*, les principes fondamentaux constituant l'ordre public international sont plus difficilement identifiables dans la mesure où il n'existe aucune institution supranationale ou organe judiciaire propre permettant le contrôle de l'application effective de principes dégagés par l'ensemble des Etats. Un élément permettant de valider notre propos est que la Cour de justice consacra l'effet direct des dispositions des traités instituant la Communauté européenne réunissant certaines conditions tenant à l'attribution explicite de droits aux ressortissants des Etats membres à la condition que ces dispositions soient claires et précises. Il en est de même s'agissant des obligations incombant aux institutions de l'UE ou aux Etats membres⁴⁶³. Si les conditions de clarté et de précision – la disposition ne requiert pas de mesure de transposition ou d'adaptation au droit local – des normes de droit de l'UE créant

⁴⁶¹ J.-M. Mousseron, J. Raynard, R. Fabre et J.-L. Pierre, *Droit du commerce international*, op. cit., n° 150.

⁴⁶² P. Lerebourg-Pigeonnière et Y. Loussouarn, *Précis de droit international privé*, Dalloz, Paris, 1970, n° 379.

⁴⁶³ CJCE, 9 mars 1963, « *Van Gend & Loos* », aff. 26/62, *Rec.* p. 3.

des droits pour les particuliers sont réunies, celles-ci sont directement invocables par les personnes privées à l'encontre des Etats membres mais aussi à l'égard d'autres particuliers.

Les restrictions à la *lex societatis* par les règles d'ordre public et les lois de police nous amène à nous interroger sur le domaine de la loi applicable à la société. La société, à l'image des personnes physiques, passe par des stades qui nécessitent de rechercher quelle est la loi applicable.

Section II : Le domaine de la *lex societatis* : une référence lointaine au statut personnel des personnes physiques.

147. L'analogie avec le statut personnel des personnes physiques, également présente dans certains droits européens⁴⁶⁴, est quelque peu excessive, c'est pourquoi un auteur préfère utiliser l'expression de « *statut interne* » des sociétés⁴⁶⁵. S'agissant de la constitution de la société, la jurisprudence française va appliquer la *lex societatis* de façon très large. Elle régit les formalités de publicité et tout ce qui concerne la formation du capital, sa souscription, mais aussi sa libération, ou encore la forme des actions⁴⁶⁶.

Nous tenterons tout d'abord de déterminer le domaine de la loi applicable à la constitution de la société (§ 1), ensuite nous verrons quel est le régime juridique des titres émis par la

⁴⁶⁴ Les articles 9-11° du Code civil espagnol et 33 du Code civil portugais utilisent indifféremment l'expression de « *loi personnelle* » pour les personnes physiques et morales. Seuls les droits espagnol et portugais définissent légalement la *lex societatis*. En effet, dans la plupart des autres Etats européens, la détermination de la *lex societatis* et de son domaine d'application résulte de la jurisprudence qui va procéder au cas au cas et affirmer si telle ou telle prérogative ressort ou non du domaine de la *lex societatis* de la société étrangère. Il en est de même pour la loi fédérale suisse du 18 décembre 1987 dont l'article 155 délimite expressément le domaine de la *lex societatis* (Rev. crit. DIP 1988, p. 438) ; dans le même sens : article 25 de la loi italienne du 31 mai 1995 (Rev. crit. DIP 1996, p. 179). En France, le domaine de la *lex societatis* n'est pas fixé par la loi, les articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce relatifs à la loi applicable n'apportent aucune précision quant au domaine de la *lex societatis*.

⁴⁶⁵ H. Synvet, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, thèse préc., note 66, p. 99.

⁴⁶⁶ Dans un arrêt « *Syndic faillite Pajot et Cozette c/ Lemaire et autres* » du 13 février 1967, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a admis implicitement l'application de la *lex societatis* de la société étrangère s'agissant de la forme des actions. Cf. Rev. crit. DIP 1968, p. 40, note Y. Loussouarn.

société (§ 2), puis dans un troisième temps nous déterminerons la loi applicable au fonctionnement interne de la société (§ 3). Enfin, nous exposerons les difficultés soulevées par les fusions internationales de sociétés quant à la loi applicable avant et après l'opération de fusion (§ 4).

§ 1. La loi applicable à la constitution de la société.

148. Pour résoudre les conflits de lois que peut engendrer l'activité internationale des sociétés, le droit international privé français reconnaît compétence à la *lex societatis*. Une société française est soumise, pour l'ensemble de ses activités, à la loi française, et inversement, une société étrangère est régie par sa loi nationale, même pour son fonctionnement en France. La *lex societatis* régit tout d'abord la forme sociale que les futurs associés peuvent choisir. Dans le cas d'une société créée en France, il serait impossible de choisir une forme sociale n'existant pas dans la législation française, de même les fondateurs ne pourraient pas opter pour une forme étrangère de société comparable à une forme existant en France⁴⁶⁷. La personnalité morale va de pair avec l'adoption d'une forme sociale créée par la loi française. De ce principe, il en découle que les modalités constitutives et les mesures de publicité relèvent également de la *lex societatis* de la société. En outre, étant donné la compétence de principe de la *lex societatis* pour régir les formalités de constitution des sociétés et les conditions de validité de l'acte de société, celle-ci va aussi régir la sanction des vices de constitution. « *Il appartient en effet à la même loi de fixer les conditions de fond et de forme de conclusion du contrat de société et de naissance de la personnalité morale, et d'édicter les sanctions attachées à leur défaut d'observation* »⁴⁶⁸. Toutefois, il existe un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation⁴⁶⁹ dans lequel il est fait application de l'article 1844-15 du Code civil écartant la rétroactivité en matière de nullité des sociétés ainsi

⁴⁶⁷ C.A. Paris, 30 avril 1997, *Bull. Joly sociétés* 1997, p. 778, note M. Menjucq. Les juges soulignent que « *seule l'adhésion à une structure juridique préalablement déterminée par la loi est de nature à conférer à l'entité ainsi créée la personnalité morale* ».

⁴⁶⁸ H. Synvet, *Rép. int. Dalloz*, « Société », n° 90.

⁴⁶⁹ Cass. com., 22 juin 1999, *JCP* 2000, II, 10266, note M. Menjucq ; *Bull. civ.* IV, n° 136.

que d'une directive jurisprudentielle selon laquelle « *une société fictive est une société nulle et non existante* ». Il est fait application du régime français des nullités même à l'égard d'une société étrangère.

Nous verrons dans un premier temps quelle est la loi applicable au régime des titres émis par la société (A), puis dans un second temps nous étudierons les conflits de lois relatifs aux apports en nature (B).

A/ Les conflits de lois relatifs à l'émission des titres de la société.

149. Les problèmes juridiques viennent du fait que le contrat d'émission n'est pas un contrat unique mais une succession d'opérations juridiques, de plus chacune de ces opérations va donner à son tour naissance à de multiples rapports juridiques. Une solution logique serait de soumettre l'ensemble de ces opérations à la *lex societatis* mais la compétence législative peut être amenée à changer et entraîner une concurrence juridique des lois applicables en raison de la localisation géographique des associés de la société.

Nous verrons successivement la question de la loi applicable aux rapports entre la société émettrice et les souscripteurs (1), pour ensuite déterminer la loi applicable à l'emploi en France du contrat de *trust* (2).

1. La loi applicable aux rapports de la société émettrice et des souscripteurs.

150. La souscription d'actions se confond avec le contrat de société, elle est soumise à la loi de la société. En revanche, le contrat de souscription d'obligations est un contrat de prêt soumis en principe à la loi d'autonomie. Si la loi de la société contient des dispositions impératives relatives à l'émission des obligations, celles-ci doivent être respectées à défaut de

nullité⁴⁷⁰. En cas de silence des parties, la principale difficulté est de désigner la loi applicable. À notre sens, la loi supplétive de la volonté des parties doit être celle de la société. Cette solution semble la plus logique dans la mesure où les futurs associés ont décidé de se réunir au sein d'une même entité juridique ayant pour objet la réalisation d'une activité commerciale ou industrielle. De plus, la *lex societatis* est la loi la plus facile à identifier dans la mesure où la localisation du siège social permet le rattachement juridique de celle-ci à un Etat donné. Par ailleurs, le contrat de souscription étant un contrat d'adhésion, l'avantage qui en résulte est que tous les souscripteurs d'obligations vont être soumis à la même loi. S'agissant du contrat de souscription d'actions ou d'obligations, en cas de silence des parties, la loi applicable est toujours celle de la société. De plus, si l'émission a eu lieu en dehors du pays du siège social de la société, la loi de ce pays revendiquera l'application de sa propre loi pour préserver l'ordre public. Par conséquent, il en résulte un conflit de lois avec la loi de la société. La Cour d'appel de Paris a jugé que « *les dispositions d'ordre public économique de la loi du 2 juillet 1996 et le règlement général du Conseil des marchés financiers s'imposent à tout opérateur qui intervient sur un marché réglementé français* »⁴⁷¹.

151. Une société régie par une *lex societatis* étrangère ne pourrait pas échapper aux dispositions impératives réglementant les marchés financiers⁴⁷². Les offres publiques d'achat (OPA) par une société étrangère en France sont également soumises à la loi française⁴⁷³. Toutefois, l'application de lois de police boursières ne signifie pas pour autant l'éviction pure et simple de la *lex societatis* étrangère. Dans la plupart des cas de figure, l'on aboutit à une application cumulative des lois de police et de la *lex societatis* étrangère en raison du fait que les lois de police boursières ne concernent pas le statut juridique de la société notamment à

⁴⁷⁰ Lagarde, *L'émission de titres par les sociétés étrangères en France*, thèse Poitiers, n° 74, p. 99 et s.

⁴⁷¹ C.A. Paris, 13 janvier 1998, *Bull. Joly sociétés Bourse* 1998, p. 256 ; *Rev. soc.* 1998, p. 572, note P. le Cannu.

⁴⁷² M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 104. L'auteur cite en exemple le *Sarbanes-Oxley Act* américain du 30 juillet 2002 qui s'applique à tout émetteur de titres enregistrés sur les marchés américains indépendamment de la loi d'incorporation de l'émetteur. Cf. A. Pietrancosta, « La réforme américaine et ses répercussions mondiales – aperçu », *Rev. dr. bancaire et bourse* 2002, p. 326.

⁴⁷³ Réponse du ministre de l'économie : *J.O.* Q 9 mai 1988, p. 669 ; *Rev. crit. DIP* 1988, p. 628. D'après lui, « *l'OPA est une des manières d'acquérir une entreprise. Dans ce cas les règles applicables sont celles de la bourse à laquelle les actions de la société visée sont inscrites. Elles sont les mêmes pour toute personne qui fait une OPA. Toutefois, en ce qui concerne la France, si l'OPA émane d'une personne non résidente, celle-ci doit se conformer aux dispositions de la réglementation applicable aux investissements étrangers en France et obtenir, préalablement au lancement de l'offre, les autorisations nécessaires* ».

propos de l'information que doit fournir la société⁴⁷⁴. Par ailleurs, les obligations ou les titres ne donnant pas un accès au capital de la société ne relèvent pas de la compétence de la loi du siège social. Les droits des obligataires et des porteurs de titres ne résultent pas du contrat de société mais du contrat de souscription qui, lui, reste soumis à la règle de conflit contractuelle donc à la loi d'autonomie⁴⁷⁵. L'AMF a également dû admettre que le régime de l'émission des titres par une société étrangère relève expressément de sa loi nationale. Dans son rapport annuel pour 1998, celle-ci constate, dans l'hypothèse où une société étrangère souhaite procéder à un rachat de ses propres actions cotées en France, que « *dans la mesure où le fonctionnement interne des sociétés relève de l'Etat où se situe leur siège social, les émetteurs étrangers qui souhaitent intervenir sur le marché français sont tenus à l'établissement d'une note d'information soumise au visa de la Commission mais ne sont pas tenus de la soumettre à leur assemblée générale si le droit qui leur est applicable ne les y oblige pas* »⁴⁷⁶.

2. La problématique du conflit de lois relatif à l'emploi du trust en France par des sociétés étrangères.

152. Toutes les sociétés étrangères ne font pas appel aux procédés traditionnels du droit français. Les sociétés anglo-saxonnes font essentiellement usage du contrat de *trust*⁴⁷⁷, source de nombreuses difficultés sur le terrain des conflits de lois. Le *trust* se caractérise en effet par une « *coalition d'intérêts financiers et économiques grâce auxquels une société-mère possède*

⁴⁷⁴ H. Synvet, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 159 et s.

⁴⁷⁵ Les parties ont le choix de la loi applicable au contrat de souscription. Celles-ci peuvent très bien choisir une loi différente de la loi du siège de la société emprunteuse mais, en pratique, « *une société emprunte toujours sous l'empire de la loi qui la régit* » (cf. Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, t. 2, n° 516).

⁴⁷⁶ Les notes bleues de Bercy, le 30^{ème} rapport annuel de la COB, du 1^{er} au 15 octobre 1998, p. 35.

⁴⁷⁷ G. Cornu (*Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 938) définit le contrat de *trust* comme une « *(institution typique du droit anglo-saxon, étrangère au système juridique français, et présente sous des formes variées dans les pays de common law, qui a été l'objet d'une reconnaissance par la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 - non ratifiée par la France - d'où sont tirés les éléments de la définition qui suit). Arrangement patrimonial à fins multiples établi par acte entre vifs ou à cause de mort, à l'initiative d'une personne nommée constituant, dont l'objet est de placer certains biens, dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé, sous le contrôle d'un intermédiaire, nommé trustee, qui est investi du pouvoir et du devoir, à charge d'en rendre compte, de gérer ou de disposer conformément à son investiture et à la loi, des biens à lui confiés, lesquels figurent à son nom sur les titres mais constituent une masse distincte qui ne fait pas partie de son patrimoine* ».

la totalité ou la majorité des titres de plusieurs sociétés filiales dont elle assure le contrôle. L'objectif visé est d'avoir un monopole sur un marché donné »⁴⁷⁸. Le problème de droit est de savoir si la législation française, attachée à la compétence de principe de la *lex societatis*, doit en admettre la validité ou au contraire rejeter le *trust* au motif d'une compétence exceptionnelle de la *lex fori*. Le *trust* est une technique employée en France par des sociétés étrangères dont la loi nationale interdit l'émission d'actions sous la forme au porteur, alors que celle-ci est la plus utilisée par les souscripteurs français. Le premier procédé consiste pour la société étrangère à simplement interposer entre elle et les souscripteurs français les *trustees* étrangers et les déposants français. Le contrat de *trust* devient alors un contrat où interviennent quatre parties et non plus trois. Cette convention est appelée par la pratique « *stock trustee agreement* », contrat passé entre la société, le *trustee*, le déposant qui n'est autre que la banque française et les porteurs français. Le porteur qui signe le contrat de souscription accepte la compétence exclusive de la *lex societatis*. Par conséquent, le contrat de *trust*, rattaché par nature à l'émission, va également dépendre de la loi nationale de la société étrangère. Dans une optique considérant le *trust* comme une opération touchant aux modalités de l'émission, l'on doit faire dépendre celui-ci de la *lex societatis*. En revanche, si le contrat de *trust* est analysé comme un contrat indépendant du contrat d'émission des titres, il peut être soumis à une loi différente de la *lex societatis*. La loi nationale de la société étrangère peut s'appliquer à titre de loi de police et de sûreté, permettant ainsi de protéger les intérêts sociaux, politiques et économiques de l'Etat de la société si des clauses du contrat de *trust* contreviennent aux dispositions impératives de celui-ci. Une partie de la doctrine française soutient en outre que l'application de la *lex societatis* en matière de *trust* aux fins d'émission de titres sociaux peut être écartée au profit de la *lex fori* par la simple mise en œuvre de l'exception d'ordre public. Batiffol explique que la technique du *trust*, étrangère au droit

⁴⁷⁸ *Lexique des termes juridiques*, ouvrage collectif sous la direction de S. Guinchard et G. Montagnier, 17^{ème} éd., éd. Dalloz, Paris, 2010, 769 p., p. 721 ; G. Lagarde, *L'émission de titres par les sociétés étrangères en France*, thèse Poitiers, n° 74, p. 288. Cet auteur en fait une intéressante analyse, « en vertu du « *trust deed* », les *trustees* sont investis d'un droit réel sur certains biens, le *cestui que trust* reçoit une sûreté à la fois réelle et personnelle (...). En Grande-Bretagne, et plus encore aux Etats-Unis, l'émission d'obligations est un emprunt collectif stipulé payable à des *trustees* qui sont généralement une banque spécialisée ». Le procédé du *trust* est bien plus qu'une simple émission de titres sociaux. Cf. également : Y. Loussouarn, thèse préc., n° 156, p. 206 et s. ; Schnitzer, « Le *trust* et la fondation dans les conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 1965, p. 479 ; *Mémento pratique F. Lefebvre. Droit commercial*, éd. F. Lefebvre, Paris, 2009, 17^{ème} éd., 1463 p., v. spéc. n° 58245, p. 1075.

français, est acceptable mais qu'elle peut heurter certains principes du droit français et ainsi porter atteinte aux intérêts des tiers ou des souscripteurs français de titres⁴⁷⁹. La jurisprudence va dans le sens d'une acceptation de la validité du contrat de *trust* en France⁴⁸⁰.

L'admission par le droit français du *trust* comme mode d'émission de titres ou d'obligations en France par une société étrangère n'est pas contraire au droit français s'il ne contrarie pas l'ordre public. En revanche, chaque fois que le contrat de *trust* porte atteinte aux dispositions impératives du droit français en matière d'émission des titres, sa validité ne doit pas être reconnue par les juges français. Il en est de même pour toutes les dispositions de la *lex societatis* d'une société étrangère, l'application des règles étrangères étant conditionnée par le respect de l'ordre public français.

B/ Les conflits de lois relatifs aux apports en nature.

153. Les apports en nature qui peuvent porter aussi bien sur des immeubles, un fonds de commerce, l'apport d'un savoir-faire, un brevet ou une marque donnent lieu à des conflits de lois spécifiques. La première question est de déterminer la loi qui va régir l'apport en société puisque la compétence législative va dépendre de la nature juridique de l'apport (1). Ensuite, il nous faut préciser la loi applicable à la vérification des apports en nature et des avantages particuliers en matière de sociétés par actions (2).

⁴⁷⁹ Batiffol, *Traité, op. cit.*, n° 516, note 17. Cet auteur envisage l'application du *trust* en matière successorale et estime qu'il n'y a pas d'inconvénients à accepter l'action du *trustee* en France, dans la mesure où elle n'implique pas la reconnaissance, sur un bien situé en France, d'un droit réel ignoré du droit français.

⁴⁸⁰ Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-18268 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 mai 2007, n° 05-15445. Le *trust* se caractérise d'une part par sa nature, révocable ou irrévocable, soit le dessaisissement effectif et complet ou non de la propriété des biens mis en *trust* par le constituant et d'autre part par le caractère, discrétionnaire ou non, soit l'opportunité laissée au *trustee* de remettre ou non le capital et ou, de distribuer les revenus mis en *trust* aux bénéficiaires. L'institution n'est pas reconnue en droit français et l'adoption, par la loi du 19 février 2007, du mécanisme de la fiducie ne permet pas de répondre à la situation de la généralité des *trusts*. En effet, le législateur français a restreint ce dispositif aux seules personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés et a rendu impossible l'utilisation de la fiducie à des fins de transmission de patrimoine à titre gratuit. Dans l'arrêt « *Belvédère* » du 13 septembre 2011, la chambre commerciale de la Cour de cassation a expressément reconnu la validité directe du *trust* en France. Arrêt n° 10-25.533, JurisData n° 2011-018623 ; *JCP E* 17 novembre 2011, n° 46, § 1803, pp. 17-27, note R. Dammann et A. Albertini ; *D.* 2011, p. 2272, obs. A. Lienhard. En l'espèce, il n'y avait pas d'application concurrente de la *lex rei sitae* car les biens mobiliers étaient situés à Londres.

1. La détermination de la loi applicable à l'apport en nature.

154. Nous verrons successivement la loi applicable à un apport en nature (a) et le problème soulevé par le contrat d'apport conclu postérieurement à la constitution de la société (b).

a) L'apport en nature d'un immeuble et d'un fonds de commerce.

155. Dans l'hypothèse d'un apport à une société étrangère d'un immeuble situé en France, le conflit de lois oppose d'une part, la *lex societatis* qui a vocation à régir l'apport en raison du contrat de souscription et d'autre part, la *lex rei sitae* puisque le bien immobilier se situe en France. Les apports en nature présentent deux types de difficultés : la première touche au moment et aux modalités du transfert de propriété, alors que la seconde concerne les domaines respectifs de la *lex societatis* et de la *lex contractus*⁴⁸¹. La première distinction à faire est relative aux matières contractuelles et aux matières réelles. À ce sujet, Batiffol remarque que « dans l'apport en société, la loi de la société s'impose certainement à l'encontre de la loi de l'immeuble (pour les seules matières contractuelles assurément et non pour les matières réelles) »⁴⁸². Toutefois, la frontière entre les deux matières évoquées ci-dessus est difficile à appréhender. Il faut distinguer pour la solution du conflit de lois deux autres questions selon que l'apport en société est ou non translatif de propriété et, en cas de réponse positive, le régime de ce transfert. Tout d'abord, le transfert de propriété par l'apport d'un immeuble est décidé par la *lex societatis*. Il s'agit là d'une règle de constitution de la société qui, sur le plan des conflits de lois, doit trouver sa solution dans les dispositions nationales de la société⁴⁸³. S'agissant d'une société de droit français, l'article 1832 du Code civil fait de l'existence de

⁴⁸¹ H. Synvet, *Rép. int. Dalloz*, « Société », n° 92 et s.

⁴⁸² Batiffol, *Traité, op. cit.*, n° 586, p. 643.

⁴⁸³ Niboyet, *Traité de droit international privé français*, t. II, Sirey, Paris, 1951, n° 1162 bis, p. 263 et s. L'auteur distingue le principe du transfert et ses modalités : « les apports immobiliers à une société, en droit français, sont translatifs et, dès lors, soumis aux règles de la propriété immobilière. Le contrat d'apport prend le caractère d'un acte translatif. Par son seul effet (art. 1138 C. civ.) la société se trouve propriétaire, et, à l'égard des tiers, la publicité de la loi de 1855 doit être faite. Supposons une société constituée selon une loi étrangère qui ne considère pas que les apports soient transférés. La condition posée par l'article 1138 n'existant pas, l'immeuble demeurera à celui qui a fait l'apport ».

l'apport un élément constitutif du contrat de société. De même, l'article 1843-2 du Code civil lie l'étendue des droits de chaque associé dans le capital social au montant de ses apports. Par conséquent, la procédure de vérification de la valeur des apports doit être mise en œuvre chaque fois qu'elle est imposée par la loi française, dès lors que la société est de droit français et ce, indépendamment de la localisation des biens apportés. En droit français, l'apport en nature est translatif de propriété, sauf le cas particulier de l'apport en jouissance. Qui plus est, le transfert de propriété a lieu au même moment que l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou de l'augmentation de capital⁴⁸⁴. Or, le bien apporté est soumis à sa propre loi, c'est le cas pour les biens corporels qui sont soumis à la *lex rei sitae*. Cette loi peut très bien soumettre le bien apporté à des exigences supplémentaires qui doivent être respectées, ce peut être l'exigence d'un acte juridique d'une forme particulière ou l'accomplissement d'une formalité administrative. Le respect de ces dispositions étrangères s'ajoute à celui des dispositions de la législation française en matière sociétaire. Cela signifie que l'article 1843-1 du Code civil⁴⁸⁵ est inapplicable lorsque le bien apporté est régi par une loi étrangère. La *lex societatis* étrangère et la loi française s'appliquent de manière cumulative. De la même façon, l'application de l'article L. 225-147 du Code de commerce doit s'adapter à l'internationalisation de la vie des affaires et la possible immixtion dans le capital social d'un bien en nature soumis à une législation étrangère. Si, d'après la *lex rei sitae*, le transfert de propriété du bien apporté suppose l'accomplissement d'un acte distinct approuvant l'évaluation des apports, du point de vue du droit français des sociétés, il y a inévitablement un blocage puisqu'il faut soit retarder la constatation de la réalisation de l'augmentation de capital, soit admettre la libération des actions d'apport postérieurement à leur émission⁴⁸⁶. Or, il n'existe aucun critère juridique permettant de déterminer la loi applicable à l'immeuble par référence à la *lex rei sitae*. Pour que la compétence soit attribuée à la *lex rei sitae*, il faut

⁴⁸⁴ H. Synvet, *Rép. int. Dalloz*, « Société », n° 92. Dans l'hypothèse de l'augmentation de capital, l'article L. 225-147 alinéa 3 du Code de commerce dispose que « si l'assemblée générale approuve l'évaluation des apports et l'octroi d'avantages particuliers, elle constate la réalisation de l'augmentation de capital ». En revanche, dans le cas particulier de l'apport en nature, l'alinéa 5 du même article dispose que « les titres de capital émis en rémunération d'un apport en nature sont intégralement libérés dès leur émission ».

⁴⁸⁵ L'article 1843-1 du Code civil dispose que « l'apport d'un bien ou d'un droit soumis à publicité pour son opposabilité aux tiers peut être publié dès avant l'immatriculation et sous la condition que celle-ci intervienne. À compter de celle-ci, les effets de la formalité rétroagissent à la date de son accomplissement ».

⁴⁸⁶ H. Synvet, *Rép. int. Dalloz*, « Société », n° 92.

nécessairement que l'apport de l'immeuble à la société entraîne le transfert de la propriété. La *lex rei sitae* est compétente pour déterminer le régime applicable à l'immeuble seulement et seulement si l'apport dudit immeuble entraîne le transfert de propriété immédiatement. Comme l'a démontré H. Blaise, le contrat d'apport d'un immeuble est très proche d'un contrat de vente⁴⁸⁷. Dans cette mesure, ne pourrait-on pas étendre à l'apport en société la règle de conflit dégagée par la jurisprudence pour la vente des immeubles, et la soumettre à la *lex rei sitae* ? La *lex rei sitae* ne pourrait pas décider du caractère translatif de propriété, mais elle pourrait régir l'ensemble des conditions de l'apport même celles non relatives au transfert de propriété.

En conclusion, la *lex societatis* est la loi compétente pour décider si l'apport est translatif de propriété ou non. Dans le cas où l'apport est bel et bien translatif de propriété, il appartient à la *lex rei sitae* de déterminer les conditions du transfert.

b) Le problème soulevé par le contrat d'apport conclu postérieurement à la constitution de la société.

156. Le problème qui se pose concerne les domaines respectifs de la *lex societatis* et de la *lex contractus* s'agissant d'un contrat d'apport conclu après la constitution de la société. En effet, une des particularités du droit français des sociétés est qu'il n'existe pas de contrat d'apports, ceux-ci sont uniquement décrits dans les statuts de la société. En cours de vie sociale, la société peut décider de l'augmentation de son capital. Une telle décision pouvant prendre la forme d'un contrat d'apport soumis au vote des associés, ou bien en cas de délégation de pouvoirs, conformément à l'article L. 225-147 alinéa 6 du Code de commerce, par une décision du directoire ou du conseil d'administration. La difficulté qui se présente est de déterminer la loi applicable au contrat d'apport. Il n'existe pas de jurisprudence déterminant la loi applicable à un tel contrat d'apport soumis au vote des associés en cours de vie sociale. La solution la plus opportune et la plus logique serait de soumettre ce contrat à

⁴⁸⁷ H. Blaise, *L'apport en société*, thèse Rennes, 1953.

la *lex societatis* puisque celle-ci est par nature la loi applicable à la société. Le contrat d'apport a la particularité qu'il va redéfinir les pouvoirs au sein de la société et donc son fonctionnement interne. Or, il est communément admis par la doctrine que le fonctionnement de la société est soumis à sa loi nationale, « *l'apport est en effet le vecteur de l'entrée de nouveaux associés dans la société, et cette « agrégation » relève nécessairement de la loi régissant cette société* »⁴⁸⁸.

2. La loi applicable à la vérification des apports en nature.

157. Il peut s'avérer nécessaire de vérifier la valeur réelle des apports en nature faits par certains associés. Le risque immédiat est que les apports soient surévalués. Par conséquent, dans un souci de protection des tiers, des mesures ont été prises par les droits nationaux pour vérifier les apports en nature afin d'éviter des désagréments aux futurs créanciers de la société. En droit français, la vérification de la surévaluation ou non des apports en nature prend la forme d'un rapport établi par des commissaires aux apports nommés par décision de justice sur requête des fondateurs de la société ou de son président. Le rapport ainsi établi est déposé au greffe du tribunal de commerce avec le projet de statuts et est tenu à la disposition des souscripteurs⁴⁸⁹. La loi compétente pour déterminer la valeur des apports en nature est la

⁴⁸⁸ H. Synvet, *Rép. internat. Dalloz*, « Société ». L'auteur cite l'exemple d'une société anonyme française qui ne sera pas légalement créée aussi longtemps que son assemblée générale extraordinaire n'aura pas approuvé l'apport en nature dans les termes de l'article L. 225-147 du Code de commerce. En revanche, une promesse d'apport, soumise à sa loi propre, ne saurait échapper à la loi française dès lors que la société bénéficiaire est de droit français. En outre, si la société bénéficiaire des apports est de droit français, alors les obligations de l'apporteur fixées par l'article 1843-3 du Code civil ne peuvent pas être éludées en raison du caractère étranger de ce souscripteur. Toutefois, un droit étranger peut tout à fait être utilisé dans le contrat d'apports mais seulement pour certains aspects dudit contrat. Ainsi, pour tous les éléments non impératifs en matière d'apports en droit français des sociétés, les parties pourront librement insérer les clauses de leur choix comme, par exemple, les garanties purement conventionnelles qui peuvent être stipulées lorsque l'apport a pour objet une participation dans une société tierce. L'article L. 228-93 du Code de commerce (ord. n° 2004/604 du 24 juin 2004, art. 46) énonce cette possibilité.

⁴⁸⁹ Art. L. 225-8 du Code de commerce relatif à la SA : « *En cas d'apport en nature comme au cas de stipulation d'avantages particuliers au profit de personnes associées ou non, un ou plusieurs commissaires aux apports sont désignés par décision de justice, à la demande des fondateurs ou de l'un d'entre eux. Ils sont soumis aux incompatibilités prévues à l'article (L. n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 46-I) « L. 822-11 ».*

L'article L. 225-14 du Code de commerce dispose que « *les statuts contiennent l'évaluation des apports en nature. Il y est procédé au vu d'un rapport annexé aux statuts et établi, sous sa responsabilité, par un*

lex societatis. L'opération juridique visant à déterminer la valeur réelle des apports en nature se situe au fondement de la société : il s'agit d'une opération de constitution, par conséquent la loi compétente pour l'ensemble des opérations de constitution de la société doit être la loi de la société. Cette solution présente de nombreux avantages pratiques dans la mesure où l'ensemble des apports en nature sont soumis à une loi unique pour vérifier leur valeur réelle. Le risque en l'occurrence serait que des apports différents soient soumis à autant de lois étrangères, ce qui augmenterait de façon non négligeable le coût financier des opérations de vérification tout en ne garantissant pas une homogénéité nécessaire à l'appréciation réelle des apports en nature. Réserve pourrait être faite de la théorie des lois de police pour garantir l'application des dispositions françaises garantissant une vérification réelle des apports en nature, mais une telle solution n'est pas propice au développement du commerce international et à l'attractivité du droit français. En outre, la protection des souscripteurs français peut toujours être indirectement garantie : des mesures de publicité concernant l'émission des titres peuvent être imposées à la société étrangère, celle-ci doit comprendre une déclaration de la valeur des apports. Si la déclaration est inexacte ou mensongère, la responsabilité des dirigeants sociaux peut être mise en cause, ainsi les intérêts des souscripteurs pourront être sauvegardés par une meilleure estimation des apports en nature faits à la société. L'on peut également faire mention du droit de l'Union européenne qui, par le biais de la deuxième directive du 13 décembre 1976, est venu harmoniser les législations des Etats membres sur le point précis de l'évaluation des apports en nature⁴⁹⁰. Cette directive relative à la constitution

commissaire aux apports. Si de avantages particuliers sont stipulés, la même procédure est suivie – [L. n° 66-537 du 24 juillet 1966, art. 86] – V. art. R. 225-14 ».

Art. L. 223-9 et R. 223-36 du Code de commerce relatifs à la SARL. L'article L. 223-9 du Code de commerce dispose que « *les statuts doivent contenir l'évaluation de chaque apport en nature. Il y est procédé au vu d'un rapport annexé aux statuts et établi sous sa responsabilité par un commissaire aux apports désigné à l'unanimité des futurs associés ou à défaut par une décision de justice à la demande du futur associé le plus diligent.* – V. art. R. 223-6. (...) ».

⁴⁹⁰ Deuxième directive n° 77/91/CEE, 13 décembre 1976, modifiée par actes joints aux traités d'adhésion de 1979 et de 1985 et directive n° 92/101/CEE, 23 novembre 1992. L'article 10 de la deuxième directive prévoit que les apports « *autres qu'en numéraire* » doivent faire l'objet d'un rapport, dressé par des experts indépendants, qui « *doit porter au moins sur la description de chacun des apports ainsi que sur les modes d'évaluation adoptés et indiquer si les valeurs auxquelles conduisent ces modes correspondent au moins au nombre et à la valeur nominale, ou, à défaut de valeur nominale, au pair comptable* » (c'est-à-dire au quotient du capital par le nombre d'actions) « *et, le cas échéant, à la prime d'émission des actions à émettre en contrepartie* » (soit à la somme à verser éventuellement en sus de l'apport). Pour un exposé des directives adoptées en matière sociétaire par l'Union européenne : Goldman, Lyon-Caen et Vogel, *Droit commercial*

de la société anonyme, au maintien et à la modification de son capital contient certaines dispositions concernant les apports en nature.

§ 2. Le régime des titres émis par la société.

158. Un autre champ d'application de la *lex societatis* est relatif à l'émission par les sociétés par actions de titres de capital ou donnant accès au capital. L'émission de ces titres va entraîner une augmentation immédiate ou différée du capital, une telle augmentation de capital suppose le respect des procédures prévues par la *lex societatis*. Ce principe de l'applicabilité de la *lex societatis*, dans l'hypothèse d'une augmentation de capital, ne souffre aucune difficulté, si ce n'est le cas particulier de l'émission par une société de titres donnant accès au capital de sa société mère ou d'une filiale⁴⁹¹. Dans l'hypothèse où les deux sociétés sont régies par des lois différentes, il nous faut procéder en deux temps. Tout d'abord, déterminer ce qui relève de la loi de la société émettrice des titres, puis rechercher ce qui ressort de la loi de l'autre société, c'est-à-dire l'augmentation potentielle de capital. En outre, les titres émis par la société doivent revêtir une forme expressément prévue par la *lex societatis*. Il appartient uniquement à la loi de l'émetteur de dresser les contours juridiques des titres, c'est-à-dire indiquer s'ils doivent être nominatifs, au porteur ou inscrits en compte et définir ces modes de détention. Cette solution résulte de l'article L. 211-3 du Code monétaire et financier qui énonce la même idée mais de façon unilatérale⁴⁹².

Nous verrons successivement la problématique des conflits de lois relatifs aux transferts conventionnels de la propriété des titres (A), avant de mettre en lumière la question des

européen, op. cit., n° 151 et s. ; C. Nourissat, *Droit communautaire des affaires*, 3^{ème} éd., collection Hyper Cours, Dalloz, Paris, 2010, 368 p., v. spéc. n° 199 et s., p. 150 et s.

⁴⁹¹ H. Synvet, *Rép. int. Dalloz*, « Société », n° 94. L'auteur cite le cas d'une société américaine qui avait émis sur le marché international de l'eurodollar des obligations convertibles en actions de sa société mère française. En l'espèce, l'emprunt avait été soumis à la loi française, et les actionnaires de la société mère étaient invités à renoncer à leur droit préférentiel de souscription dans les conditions fixées par la loi française. Par ailleurs, les titres émis par la société doivent revêtir une forme expressément prévue par la *lex societatis*.

⁴⁹² L'article L. 211-3 du CMF (ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009) dispose que « les titres financiers, émis en territoire français, et soumis à la législation française, sont inscrits dans un compte-titres tenu soit par l'émetteur, soit par l'un des intermédiaires mentionnés aux 2° à 7° de l'article L. 542-1 ».

conflits de lois relatifs à l'expropriation, à la dépossession et à la confiscation des titres sociaux (B).

A/ Les conflits de lois relatifs aux transferts conventionnels de la propriété des titres.

159. Les conflits de lois naissant à propos du régime des titres émis par les sociétés étrangères varient selon que les titres envisagés sont nominatifs (1) ou au porteur (2).

1. La loi applicable au transfert de titres nominatifs.

160. Dans l'hypothèse d'un titre nominatif, le transfert du titre exige l'intervention de la société qui doit procéder à un jeu d'écritures sur ses registres. Le nom du détenteur du titre social est connu de la société et des tiers contrairement au titre au porteur dont le transfert de propriété se fait sans aucune formalité particulière. En outre, il appartient à la *lex societatis* de régir la convertibilité des titres nominatifs en titres au porteur et des titres au porteur en titres nominatifs. La *lex societatis* est également compétente pour déterminer la forme que doivent prendre les titres sociaux. La loi de la société peut exiger que les titres sociaux soient obligatoirement des titres nominatifs. Un autre domaine d'application de la *lex societatis* réside dans la cessibilité ou non du titre social en question. En droit français, une clause statutaire peut soumettre la cession d'actions d'une société où l'*intuitu personae* est primordial à l'accord du conseil d'administration ou de l'assemblée générale. D'éminents auteurs⁴⁹³ adoptent une position différente et font la distinction entre les rapports entre le cessionnaire et la société émettrice d'une part, et ceux entre le cédant et le cessionnaire d'autre part. Dans un premier temps, les rapports entre le cessionnaire et la société émettrice sont régis par la *lex societatis* qui précise les effets et les conditions du transfert du titre. Dans cette solution, la référence à la loi de l'Etat où serait installé le registre de transfert des titres n'est pas concevable puisque la loi de cet Etat devrait en toute logique recevoir application. Dans le

⁴⁹³ Batiffol et Lagarde, *Traité de droit international privé*, t. II, 7^{ème} éd., LGDJ, Paris, 1983, n° 546, p. 222.

cadre des rapports entre le cédant et le cessionnaire, rien n'empêche les parties à la cession des titres de choisir une autre loi pour préciser leurs obligations réciproques. La loi choisie par les parties au contrat de cession ne régit que leurs obligations réciproques. Les conditions et les effets du transfert ainsi que les relations entre le cessionnaire et l'établissement émetteur sont déterminées par la loi du titre⁴⁹⁴. La solution la plus adéquate en matière de loi applicable au transfert des titres nominatifs est de donner compétence exclusive à la *lex societatis* de la société émettrice. Cette dernière pourrait être tempérée par l'application des lois de police de l'Etat où les titres sont cédés s'il apparaît qu'il est porté atteinte à la protection des porteurs de titres.

2. La loi applicable aux titres au porteur : analyse de l'affaire « *Royal Dutch Shell* ».

161. Les titres au porteur obéissent aux mêmes principes que les titres nominatifs en ce qui concerne les relations avec l'émetteur. La *lex societatis* régit les relations avec les porteurs d'actions, en particulier les conditions d'acquisition, de conservation ou de perte de la qualité d'associé liées au titre. Cette solution a été accentuée avec la dématérialisation des titres effectuée par la loi du 30 décembre 1981⁴⁹⁵. La Cour d'appel de Paris donna compétence à la *lex societatis* dans l'affaire « *Royal Dutch Shell* »⁴⁹⁶. Le problème de droit fut de déterminer si

⁴⁹⁴ Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, n° 546, pp. 222 et 223. Ainsi, « le transfert doit impérativement obéir, quant au fond, à la loi qui régit le titre, son formalisme, c'est-à-dire le lien entre le fond et la forme, empêche de tenir compte de la règle *locus regit actum*, d'ailleurs facultative, au cas, exceptionnel sans doute, où le registre ne serait pas tenu dans le pays dont la loi régit le titre ».

⁴⁹⁵ L'article 94-II de la loi du 30 décembre 1981 codifié sous l'article L. 211-4 du Code monétaire et financier a établi un nouveau régime pour la représentation et la circulation des valeurs mobilières. Ce régime a été confirmé par l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009.

⁴⁹⁶ C.A. Paris, 21 décembre 1962, *JDI* 1963, p. 423, note Bredin ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 1966, *D.* 1966, p. 391, note Loussouarn ; *Rev. crit. DIP* 1966, p. 238, note Francescakis ; *JDI* 1966, p. 631, note Bredin. L'affaire fut renvoyée devant la Cour d'appel d'Orléans (25 juin 1970, *JDI* 1971, p. 301, note Bredin) qui suivit la Cour de cassation en acceptant la compétence de la *lex societatis* en tant que loi de police. Un ultime pourvoi en cassation fut fait : Cass. civ. 1^{ère}, 17 octobre 1972, *JDI* 1973, p. 716, note Oppetit ; *Rev. crit. DIP* 1973, p. 520, note Batiffol. À la fin de la guerre, les autorités néerlandaises ont publié deux arrêtés royaux soumettant tous les titres de sociétés hollandaises à une validation. Ces arrêtés imposaient que la déclaration des titres de sociétés néerlandaises par des étrangers soit faite dans un certain délai, délai qui fut à maintes reprises prorogé pour éviter que des détenteurs de bonne foi ne soient lésés. Dans l'hypothèse où les titres n'étaient pas revendiqués par les détenteurs étrangers dans les limites de temps impartis, l'Etat néerlandais devenait automatiquement propriétaire de ces titres.

la *lex societatis* était également applicable au transfert de propriété du titre au porteur. La Cour d'appel de Paris considéra que les arrêtés pris par le gouvernement néerlandais étaient contraires à l'ordre public français en raison de leur caractère de lois de spoliation puisqu'aucune indemnité n'était prévue. S'agissant des relations entre la société étrangère et ses associés français, il a été donné effet à des dispositions de la *lex causae* dépossédant des actionnaires qui ne s'étaient pas faits connaître. Il y a une application incidente du droit public étranger. Toutefois, la Cour de cassation censura l'arrêt de la Cour d'appel au motif que seule la *lex societatis* de la société émettrice a compétence à régir le transfert des titres au porteur⁴⁹⁷. Un courant doctrinal⁴⁹⁸ partagea la position de la Cour de cassation et fut d'avis que le véritable problème n'était pas de savoir si la loi de la société s'appliquait aux actionnaires étrangers mais de rechercher si les dispositions qui augmentaient ou diminuaient les obligations des porteurs étrangers de parts devaient s'analyser comme une loi régissant les relations de la société avec ses membres. Dans cette optique, il fallait analyser les dispositions néerlandaises non pas par les intentions formulées par le gouvernement mais par les résultats obtenus. Les spoliations qui se cachaient derrière les arrêtés pris par les autorités néerlandaises manifestaient en réalité une volonté de protéger l'ordre public, ce qui invite à considérer ces arrêtés comme des lois de police et de sûreté. Les arrêtés du gouvernement néerlandais n'étaient donc pas contraires à l'ordre public français dans la mesure où leur objet était de protéger l'ordre public néerlandais de certains détenteurs irréguliers de titres de sociétés néerlandaises.

⁴⁹⁷ Arrêt précité. En l'espèce, les juges décidèrent que « les relations existant entre les associés et le gouvernement doivent être examinées par référence à la loi nationale de la société, en l'espèce la loi néerlandaise ; qu'il importe peu que les titres aient été détenus en France puisqu'il s'agit de rechercher si Cassan a perdu ou non la qualité d'actionnaire et que la loi nationale de la société Royal Dutch est seule compétente pour déterminer les conditions dans lesquelles s'acquiert, se conserve ou se perd cette qualité ». Cf. Batiffol et Lagarde, t. II, *op. cit.*, n° 551, pp. 230 et 231. D'après ces auteurs, « si elle [la *lex societatis*] décide que le titre est annulé ou amorti, elle « désincorpore » le droit du titre et il ne reste plus entre les mains du porteur qu'un papier sans valeur, par où il apparaît qu'il s'agit proprement d'un bien incorporel lequel n'est traité comme corporel qu'à un point de vue subordonné ». L'appropriation des titres serait possible si l'on considère qu'il s'agit de biens corporels.

⁴⁹⁸ Loussouarn et Bredin, *op. cit.*, n° 351, pp. 410 et 411.

B/ Les conflits de lois relatifs à la dépossession, à l'expropriation, la réquisition et la confiscation de titres.

162. Des conflits de lois relatifs à la loi applicable peuvent également se faire jour lorsque surgissent des problèmes juridiques tels que la dépossession des titres par le vol ou la perte, ou bien par l'expropriation forcée des titres⁴⁹⁹. Nous verrons dans un premier temps les difficultés résultant d'une dépossession des titres sociaux (1), puis nous exposerons les conflits de lois relatifs à l'expropriation, la réquisition et la confiscation des titres sociaux qui sont le fait des autorités administratives et politiques d'un Etat (2).

1. Les conflits de lois relatifs à la dépossession des titres.

163. En règle générale, la dépossession se caractérise par la perte ou le vol des titres. Le titre au porteur va établir l'incorporation d'une créance et d'un bien meuble. Il présente l'inconvénient de faire bénéficier la créance à son porteur actuel indépendamment de sa véritable qualité de détenteur de bonne foi. Le titre au porteur est anonyme, ce qui multiplie les risques d'usurpation d'identité. Qui plus est, il n'existe pas de protection juridique du détenteur de titres au porteur, en cas de perte ou de vol, le principe est que le détenteur est réputé être le propriétaire du titre. Ce défaut de protection juridique a poussé de nombreuses législations à se saisir du problème et à mettre en œuvre une réelle protection des propriétaires de titres au porteur qui perdraient involontairement leurs titres. La question de la loi applicable ne se poserait pas s'il existait une protection internationale des détenteurs de titres perdus ou volés. En outre, la très forte mobilité des titres à l'échelle internationale entraîne nécessairement de graves problèmes de droit international privé relatifs à la loi applicable en cas de litige sur la propriété des titres au porteur. Si un voleur emporte des titres allemands en France ou s'il décide de les vendre à un tiers qui les emporte à son tour dans un autre Etat, il faut déterminer la loi qui va régir les droits de la victime du vol avec la société émettrice, mais

⁴⁹⁹ Il s'agit des hypothèses de la nationalisation forcée d'une grande société, de la réquisition et de la confiscation des titres par les autorités publiques d'un Etat donné.

aussi dans ses relations avec le voleur et les différents porteurs successifs du titre. En droit français, ce sont les articles 2276 et 2277 du Code civil⁵⁰⁰ qui vont guider les juges dans une éventuelle protection des détenteurs dépossédés involontairement de leurs titres au porteur. Toutefois, ces articles ont montré leurs limites en cas de perte ou de vol des titres au porteur. La preuve, telle qu'elle est exigée par les articles 2276 et 2277 du Code civil, de la propriété des titres au porteur est extrêmement difficile. C'est pourquoi le législateur français a renforcé ce système de protection des propriétaires involontairement dépossédés par un décret du 11 janvier 1956, modifié par le décret du 16 février 1993 qui constitue aujourd'hui le droit positif applicable⁵⁰¹.

164. L'approche du droit anglo-saxon est nettement moins protectrice des droits du propriétaire dépossédé involontairement de ses titres. Le système anglo-saxon penche pour une protection du porteur actuel et de bonne foi du titre. Manifestation du libéralisme économique, il s'agit de faire la part belle à la circulation des titres en protégeant les acquéreurs de bonne foi. La seule possibilité qui s'offre au propriétaire involontairement dépossédé de ses titres est une action en revendication en cas de vol des titres. Toutefois, le système anglo-saxon se rapproche du système français puisque dans les rapports entre la victime et la société émettrice, les mesures tendant à l'amortissement du titre sont proches de celles prévues par le droit français : la victime peut obtenir un duplicata des titres perdus ou volés à l'expiration d'un certain délai. En revanche, si un possesseur de bonne foi se manifeste avant l'expiration dudit délai, la victime ne peut pas recouvrer ses droits matérialisés par la possession effective des titres. Le système anglo-saxon fait une application à la lettre du principe « *la société doit au titre* », les droits attachés au titre sont incorporés dans le titre au porteur. Autrement dit, les droits que crée le titre suivent celui-ci, la possession du titre

⁵⁰⁰ L'article 2276 du Code civil (ancien article 2279, dénuméroté, loi n° 2008-561, 17 juin 2008) dispose : « *En fait de meubles, la possession vaut titre. Néanmoins celui qui a perdu ou auquel a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient* ». La jurisprudence applique l'article 2276 du Code civil au titre au porteur : C.A. Paris, 29 mai 1992, *Bull. Joly sociétés*, § 352, p. 1082, note D. L.

⁵⁰¹ D. n° 56-27 du 11 janvier 1956 relatif à la procédure à suivre en cas de dépossession de titres au porteur ou de coupons, modifié par le D. n° 93-225 du 16 février 1993, *J.O.* 20 février 1993, p. 2796. Pour les titres émis par l'Etat, le D. n° 64-1183 du 27 novembre 1964 organise la protection des porteurs de titres. V. également M. Storck, « Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales », *RTD com.* 2004, p. 555.

entraîne la jouissance des droits qui y sont attachés. La solution donnée aux conflits de lois en la matière est différente selon que l'on considère le système anglo-saxon ou le système français puisque la protection accordée est soit donnée à l'acquéreur de bonne foi, soit au propriétaire involontairement dépossédé de ses titres.

2. Les conflits de lois relatifs à l'expropriation, la réquisition et la confiscation des titres.

165. Dans un souci de protection de l'ordre public ou des intérêts économiques d'un Etat, les autorités publiques optent, au moyen de lois ou d'actes réglementaires, pour la dépossession des actionnaires d'une société étrangère ou nationale exerçant une activité sur son territoire. Toutefois, l'Etat d'origine de la société nationalisée peut très bien ne pas reconnaître la nationalisation, mais il ne peut en aucune façon empêcher un autre Etat de procéder à une telle opération. En outre, la société nationalisée peut aussi ignorer la nationalisation mais seulement si elle ne dispose pas d'intérêts sur le territoire de l'Etat ayant procédé à la nationalisation. La question de la loi applicable à une mesure d'expropriation, ou à une réquisition, ou à une confiscation des titres dépend de la loi qui régit le titre et qui dépend elle-même de la nature du titre au porteur. Par conséquent, il nous faut déterminer si le titre doit être assimilé à un meuble corporel ou à une créance. Deux thèses s'affrontent, la première assimile le titre à un bien meuble corporel et considère que toute mesure d'appropriation des titres matériellement situés sur le territoire de l'Etat est légitime. En revanche, les partisans de la seconde thèse réfutent toute mesure d'appropriation des titres matériellement situés sur le territoire de l'Etat même si celle-ci ne serait pas contraire à l'ordre public. La loi du titre, considéré comme une créance, serait la loi étrangère de la société émettrice⁵⁰². Autrement dit, l'appropriation du titre est possible si le titre est assimilé à un bien meuble corporel ; en revanche, si l'on retient que le titre est une créance, alors toute

⁵⁰² Cette thèse a été défendue par Batiffol, *Traité, op. cit.*, n° 523, p. 567. D'après cet auteur, si un Etat a le droit de s'approprier les titres au porteur matériellement situés sur son territoire, la loi du titre peut toujours ignorer cette opération en désincorporant le droit du titre. Ainsi, le titre n'aurait plus aucune valeur. Cette position sera acceptée par les autres Etats s'ils considèrent aussi que, l'aspect corporel d'un titre étant subordonné, l'Etat de sa situation ne saurait s'approprier, par l'exercice de son pouvoir législatif, des biens fondamentalement soumis à la loi d'un autre Etat.

mesure d'appropriation devient impossible puisque la créance est régie par la loi de la société émettrice. M. Batiffol admet cependant, dans l'hypothèse d'une expropriation par un Etat de titres au porteur d'une société soumise à sa propre loi, mais matériellement situés à l'étranger, qu'une telle mesure d'appropriation doit être acceptée par l'Etat où se situe les titres. Si l'Etat où la mesure d'expropriation est envisagée ne propose pas une indemnisation suffisante, l'Etat où se situent matériellement les titres peut invoquer l'exception d'ordre public pour ne pas reconnaître l'expropriation. La jurisprudence française s'est prononcée sur cette hypothèse dans l'arrêt « *Royal Dutch Shell* » du 25 janvier 1966⁵⁰³ en reconnaissant l'effet juridique en France des « *mesures prises par un Etat étranger relativement à des titres émis par des sociétés relevant de sa compétence législative* ». La solution la plus adéquate serait de reconnaître à un Etat le droit de s'approprier les titres au porteur situés matériellement sur son territoire, sous réserve de l'exception d'ordre public si l'Etat ne prévoit aucune mesure d'indemnisation des propriétaires étrangers de titres. En revanche, un Etat ne devrait pas pouvoir s'approprier les titres au porteur d'une société nationale situés matériellement à l'étranger. La première solution soutenue par M. Batiffol permettrait à un Etat de s'emparer en toute légitimité des titres matériellement situés à l'étranger et d'exercer un contrôle total sur la société. Cette possibilité d'une nationalisation indirecte a été condamnée par plusieurs Etats⁵⁰⁴.

§ 3. Le domaine de la loi applicable au fonctionnement de la société.

166. La *lex societatis* est en principe exclusivement compétente pour déterminer les conflits de lois relatifs aux droits des associés à l'égard de la société (A) d'une part, et à la nomination et aux pouvoirs des dirigeants sociaux d'autre part (B). Il s'agit d'assurer l'unité du statut juridique de la société en appliquant la *lex societatis* à la constitution, au

⁵⁰³ Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 1966, *Dalloz* 1966, p. 390, note Loussouarn ; *Clunet* 1966, note Bredin ; *Rev. crit. DIP* 1966, p. 238, note Francescakis.

⁵⁰⁴ La jurisprudence américaine a condamné cette possibilité dans l'affaire « *Zwack v. Kraus Br. & Co.* » de 1956, 237 F. 2 d 255. Elle a également opté pour la localisation des valeurs mobilières au siège de la société émettrice dans l'arrêt « *Etat des Pays-Bas v. Federal Reserve Bank of N.Y.* », C.C.A. 2, 21 janvier 1953, *Rev. crit. DIP* 1955, p. 510, note Virally ; Batiffol, *Traité*, 4^{ème} éd., n° 552, p. 599, note 46.

fonctionnement et à la dissolution de celle-ci⁵⁰⁵. Le problème de droit est de savoir si, pour des considérations d'ordre public et d'atteinte aux principes fondamentaux du droit français, l'application de la loi nationale de la société étrangère ne pourrait pas être écartée au profit de la loi française.

A/ La loi applicable aux droits et obligations des associés.

167. D'après la Haute juridiction, la *lex societatis* gouverne les modes d'acquisition de la qualité d'associé ainsi que les devoirs de la société envers ses associés comme cela résulte de l'arrêt « *Royal Dutch Shell* »⁵⁰⁶. En revanche, pour les obligataires, la *lex societatis* n'intervient qu'à titre supplétif puisque la loi compétente est la loi d'autonomie. S'agissant des associés, l'exception d'ordre public peut conduire à une application de la loi du *for*. Tous les droits pécuniaires de l'associé sont régis par la *lex societatis*. C'est le contrat de souscription des parts sociales qui détermine la loi applicable aux droits pécuniaires des associés, étant donné que ce contrat est régi par la loi du lieu de constitution de la société, ces droits sont régis par la *lex societatis*⁵⁰⁷. En adhérant au contrat de société, les associés ont volontairement choisi d'être placés sous l'égide de la loi de la société et de voir leurs relations avec celle-ci régies par la *lex societatis*. Par conséquent, la compétence de principe de la *lex societatis* n'a jamais vraiment fait l'objet d'âpres discussions en doctrine et en jurisprudence. Toutefois, la doctrine s'interroge sur la possibilité de restreindre le champ d'application de la *lex societatis* en cas d'atteinte grave à l'ordre public. Parmi les droits fondamentaux des associés, l'on peut citer le droit de vote, le droit à une fraction de l'actif social net compte tenu de l'apport initial, et le droit aux bénéfices qui prend la forme d'un partage des bénéfices de la

⁵⁰⁵ B. Audit, *Droit international privé*, op. cit., n° 1128.

⁵⁰⁶ Cass. civ., 17 octobre 1972, *Rev. soc.* 1974, p. 127, note Bismuth ; *Rev. crit. DIP* 1973, p. 520, note Batiffol. La Cour de cassation affirme en l'espèce que « les obligations de la société envers ses actionnaires sont régies par la loi nationale de cette société » et que « cette loi seule détermine, quel que soit le pays où les titres sont détenus, les conditions dans lesquelles s'acquiert, se conserve et se perd la qualité d'actionnaire ».

⁵⁰⁷ H. Synvet, *Rép. internat. Dalloz*, « Société », n° 100 et s. L'interdiction des clauses léonines par l'article 1844-1 du Code civil est inapplicable dans l'hypothèse où la société se rattacherait à un ordre juridique étranger. En revanche, cet article est applicable lorsque la société est de droit français, peu importe que cette clause soit stipulée dans un pacte extrastatutaire soumis à une loi étrangère.

société sous forme de dividendes. L'ensemble de ces droits est soumis à la loi de l'Etat du siège social. Il en est de même pour le droit de demander une expertise de gestion comme l'a affirmé la Cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 27 février 1997⁵⁰⁸.

168. S'agissant du droit de vote, c'est une prérogative de l'associé mais aussi un élément relatif au fonctionnement interne de la société. La *lex societatis* est seule compétente. Il existe des hypothèses où le droit français tient compte de la nationalité ou du domicile étrangers des associés pour moduler le droit de vote et déterminer ses conditions d'exercice. L'article L. 228-3-2 du Code de commerce permet à l'intermédiaire inscrit pour le compte du propriétaire de titres de capital cotés, domicilié à l'étranger, de transmettre des pouvoirs ou des votes pour une assemblée générale. Sur ce point, la Commission européenne exprime le souhait de voir les Etats membres adopter des règles du droit de l'UE facilitant l'exercice du vote transfrontalier et évitant les chaînes d'intermédiaires⁵⁰⁹. En outre, l'article L. 225-123 alinéa 3 du Code de commerce dispose qu'il est possible pour le législateur français de limiter le droit de vote double aux seuls associés français⁵¹⁰, sous réserve du respect du droit de l'UE.

169. La jurisprudence française a eu à se prononcer sur la loi applicable à la nullité des délibérations. Une délibération de l'assemblée générale peut mettre à mal la position des actionnaires minoritaires en baissant de manière significative l'étendue de leurs prérogatives.

⁵⁰⁸ C.A. Versailles, 27 fév. 1997, *Bull. Joly sociétés* 1997, p. 543, note P. le Canu et M. Menjucq. La Cour d'appel confirme le rejet de l'article L. 225-31 du Code de commerce qu'elle juge inapplicable car la société ayant son siège au Gabon était soumise à la loi gabonaise. En revanche, elle affirme que les mesures d'instruction relèvent de la loi de la procédure, par conséquent, elle accueille la demande d'expertise *in futurum* fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile.

⁵⁰⁹ V. ce sur point : G. Goffaux-Callebaut, « Le plan d'action de la Commission européenne en droit des sociétés : une approche française », *Bull. Joly* 2003, p. 997, n° 24. Cf. Commission européenne, « plan d'action en date du 21 mai 2003 sur la modernisation du droit des sociétés et le renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne », (COM (2003) (284).

⁵¹⁰ L'article L. 225-123 du Code de commerce prévoit la possibilité du vote double dans deux hypothèses : tout d'abord, au profit des actions entièrement libérées pour lesquelles il est justifié d'une inscription nominative depuis au moins deux ans au nom du même propriétaire ; la deuxième possibilité est celle d'une augmentation de capital par incorporation des réserves, bénéfices, ou primes d'émission, aux actions nominatives attribuées gratuitement à un actionnaire à raison d'actions anciennes pour lesquelles il bénéficie de ce droit. Cependant, les clauses statutaires ne peuvent réserver ce droit de vote aux seuls actionnaires français puisqu'une telle mesure serait contraire à la liberté d'établissement instauré par le Traité de Rome et qui interdit toute mesure discriminatoire basée sur la nationalité. Le droit de vote double est refusé aux seuls actionnaires d'un Etat tiers à l'Union européenne.

Ne faudrait-il donc pas en l'espèce appliquer exceptionnellement la loi du *for* au détriment de la *lex societatis* pour protéger les petits actionnaires français d'une société étrangère ? Cette règle de compétence de la *lex societatis* s'applique pour les actionnaires de sociétés anonymes, comme cela est le cas dans l'affaire « *Banque ottomane* »⁵¹¹.

170. La *lex societatis* est aussi la loi compétente en matière d'information des associés par la société. La solution se dégage de la seconde affaire « *Banque ottomane* »⁵¹². Implicitement, les juges décident que la loi applicable aux modalités et à l'étendue de l'information que la société doit à ses actionnaires est déterminée par la loi ayant présidée à sa constitution, autrement dit la *lex societatis*.

171. Un autre droit également concerné partiellement par l'application de la *lex societatis* est le droit de l'associé de céder ses parts ou actions. Le régime juridique applicable à la cession des parts et titres sociaux est double : d'une part, il est soumis à la *lex societatis* ; d'autre part, le contrat de cession est également régi par la convention de Rome du 19 juin 1980. La cession de parts ou de titres sociaux est avant tout un contrat relevant des dispositions de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur les règles de conflit applicables aux obligations contractuelles et au règlement CE Rome I qui remplace cette convention⁵¹³. Ce règlement est exclusivement compétent pour régir les rapports entre le cédant et le cessionnaire. Cependant, la loi applicable à la société peut limiter ce droit par l'existence d'un agrément légal ou statutaire, comme en France pour la société à responsabilité limitée ou la société anonyme. En pratique, l'on rencontre le plus souvent des clauses statutaires restreignant la liberté de cession des titres qui sont admises en droit français pour les sociétés

⁵¹¹ T. com. Paris, 19 octobre 1982, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 93, note H. Synvet ; *R. J. com.* 1983, p. 258, note H. Gaudemet-Tallon.

⁵¹² C.A. Paris, 3 octobre 1984, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 526, note H. Synvet ; *JDI* 1986, p. 156, note B. Goldman.

⁵¹³ La convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles a été conclue entre les Etats membres de l'Union européenne. Suite à l'adoption du traité d'Amsterdam qui a donné de nouvelles compétences aux institutions de l'UE, elle a fait l'objet de travaux qui ont abouti à son remplacement par le règlement CE n° 593/2008 du 17 juin 2008 (*JOUE* L 177/6, 4 juillet 2008) sur la loi applicable aux obligations contractuelles appelé Rome I, applicable aux contrats conclus après le 17 décembre 2009. La convention de Rome et le règlement Rome I ont un caractère universel, ce qui signifie que la loi désignée par ces textes sera applicable même s'il s'agit de celle d'un Etat non contractant et qu'elle se substitue aux règles des Etats membres dans son domaine d'application.

par actions simplifiées ou bien pour la société européenne immatriculée en France et ne faisant pas appel public à l'épargne. Ces limitations d'ordre légal, qui viennent limiter le droit de cession des parts et titres sociaux, sont opposables à tous les associés indépendamment de leur nationalité. Par ailleurs, les modalités de la cession relativement à la publicité et à l'opposabilité à la société et aux tiers dépendent exclusivement de la *lex societatis*. Toutefois, ce principe exclut le contrat de cession puisque celui-ci reste soumis au règlement CE Rome I du 17 juin 2008⁵¹⁴. À la lecture de cet article, peut-on considérer la cession de titres comme une opération entrant dans le champ d'application du règlement Rome I ? Ou, au contraire, doit-on penser que la cession de titres intéresse le fonctionnement interne de la société et que, par conséquent, elle doit échapper au domaine du règlement Rome I ? Pour répondre à ces questions, deux remarques semblent nécessaires. Tout d'abord, le contrat de cession est par définition une prise de contrôle internationale qui va porter sur des titres négociables avec des conséquences sur le fonctionnement interne de la société. Ensuite, le contrat de cession n'a pas pour ainsi dire de conséquences directes sur le fonctionnement interne de la société, la modification ne touche que la composition des membres de la société et ne bouleverse pas son fonctionnement interne qui reste toujours soumis à la même loi. La cession de titres doit donc s'analyser comme « *une vente de biens meubles corporels soit entre un actionnaire et un tiers [à la société], soit entre deux actionnaires* »⁵¹⁵. La conséquence d'une telle interprétation est que la cession de titres ne doit pas être exclue du domaine d'application du règlement CE Rome I du 17 juin 2008. Le règlement Rome I ne s'applique qu'aux situations internationales comportant un conflit de lois. En outre, l'article 3 § 3 indique que la liberté de choix des parties est entière dès que tous les éléments de la situation ne sont pas localisés au moment du choix dans un seul Etat. En outre, les parties peuvent librement choisir une loi étrangère, et ce même si tous les éléments de la situation sont localisés dans un seul Etat, toutefois les parties ne peuvent pas échapper à l'application des lois de police de ce pays. Cet article permet aux parties de conférer par leur volonté un caractère international à une situation purement interne.

⁵¹⁴ L'article 1^{er} § 2 de la convention exclut de son champ d'application les « *obligations nées de lettres de change, chèques, billets à ordre ainsi que d'autres instruments négociables, dans la mesure où les obligations nées de ces autres instruments dérivent de leur caractère négociable* » ainsi que « *les questions relevant du droit des sociétés telles que (...), la constitution, (...) le fonctionnement interne des sociétés* ».

⁵¹⁵ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 347.

De ce point de vue, le règlement Rome I consacre le critère subjectif⁵¹⁶ en lui donnant un rôle considérable.

Tout comme les droits des associés qui sont régis par la *lex societatis*, les obligations des associés dépendent aussi de la loi de la société. En la matière, les obligations les plus importantes et les plus contraignantes – celles qui sont susceptibles de faire naître des litiges entre un associé et la société – concernent les appels de fonds auxquels la société peut procéder, ainsi que la responsabilité des associés pour les dettes sociales⁵¹⁷.

B/ Les conflits de lois en matière de détermination et de pouvoirs des organes sociaux.

172. Nous verrons tout d'abord les conflits en matière de loi applicable qui sont susceptibles d'apparaître lors de la nomination des organes sociaux (1), puis nous exposerons les conflits de lois relatifs aux pouvoirs des organes sociaux et à leur responsabilité (2).

⁵¹⁶ X. Boucobza, *L'acquisition internationale de société*, LGDJ, Paris, 1998, p. 166 et s. Dans le cadre d'une opération de dimension internationale, différents critères peuvent être distingués résultant tantôt d'éléments de fait que l'on qualifiera d'objectifs, tantôt d'éléments tenant à la volonté des parties et qui ont un caractère subjectif. Les critères objectifs peuvent ainsi résulter de la nationalité des parties, leur domicile ou siège social, le lieu de conclusion ou d'exécution du contrat de cession des titres. Si un ou plusieurs éléments rattachent juridiquement l'opération à au moins deux ordres juridiques nationaux, alors l'on sera en présence d'un élément d'extranéité conférant un caractère international à l'opération. La jurisprudence française a également dégagé un critère supplémentaire pour caractériser la prise de contrôle internationale, celui-ci consiste dans le « *flux et reflux par-delà une frontière* » des obligation contractuelles. Ce critère de qualification du contrat international a évolué en jurisprudence pour devenir celui « *mettant en jeu les intérêts du commerce international* » (Cass. civ., 18 mai 1971, *JDI* 1972, p. 845, note Oppetit). Le critère subjectif consiste à qualifier d'international le contrat que les parties elles-mêmes qualifient comme tel. Dans cette hypothèse, c'est la volonté des parties qui va donner une dimension internationale à une prise de contrôle comme lors d'une cession de titres ou une prise de participation dans une société. Ainsi, par le choix d'une loi applicable étrangère, les parties peuvent donner un caractère international à un contrat ne présentant aucun élément d'extranéité. La solution inverse est également envisageable : les parties peuvent transformer en contrat interne un contrat objectivement international en ne soulevant à aucun moment l'existence d'un conflit de lois.

⁵¹⁷ H. Synvet, *Rép. int. Dalloz*, « Société », n° 105.

1. Les conflits de lois relatifs à la détermination des organes sociaux.

173. En la matière, il n'existe pas de difficultés particulières puisque seule la *lex societatis* est compétente pour déterminer la composition des organes sociaux et leurs pouvoirs. Il revient à la loi du siège social de déterminer les conditions de nomination des organes sociaux et dire s'il existe d'éventuelles incompatibilités et incapacités qui peuvent faire obstacle à la nomination d'une personne aux fonctions d'administrateur ou de gérant d'une société⁵¹⁸. La loi NRE du 15 mai 2001 a apporté des changements substantiels dans le régime juridique des dirigeants de sociétés anonymes. L'on pourrait être tenté d'étendre l'application de ces mesures aux sociétés étrangères faisant appel public à l'épargne française, ou exerçant une activité en France en vue de donner des garanties suffisantes aux associés et aux cocontractants de la société quant à la gestion de celle-ci. Cependant, une telle interprétation n'est pas concevable. D'une part, cela ne semble pas être la volonté du législateur puisque le cumul des mandats repris par la loi de 2001 ne vise pas les sociétés étrangères et d'autre part, seules sont prises en considération les fonctions exercées dans les sociétés ayant leur siège en France métropolitaine⁵¹⁹.

174. Le conflit de lois en matière de nomination des organes sociaux a refait surface avec la réforme de 2001. L'article L. 210-9 du Code de commerce contient des dispositions qui vont s'appliquer à toutes les sociétés dotées de la personnalité morale⁵²⁰. L'essence de ces

⁵¹⁸ L'article L. 822-1-1 du Code de commerce relatif à la nomination des commissaires aux comptes a été modifié par l'article 8 de l'ordonnance n° 2005-1126 du 8 septembre 2005 modifiant le statut des commissaires aux comptes.

⁵¹⁹ L'alinéa 1^{er} de l'article L. 225-54-1 du Code de commerce dispose qu'« une personnes physique ne peut exercer simultanément plus d'un mandat de directeur général de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français ». L'article L. 225-21 du Code de commerce dispose qu'« une personne physique ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats d'administrateur de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français ». S'agissant des SA, l'article L. 225-67 du Code de commerce dispose qu'« une personne physique ne peut exercer plus d'un mandat de membre du directoire ou de directeur général unique de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire français ». L'article L. 225-77 du Code de commerce dispose qu'« une personne physique ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats de membre de conseil de surveillance de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire français ».

⁵²⁰ L'alinéa 1^{er} de cet article dispose que la société et les tiers sont valablement engagés, dès lors que la nomination des personnes chargées de gérer, d'administrer, ou de diriger la société a été régulièrement publiée. Dans l'hypothèse même où la nomination d'un organe ou d'un dirigeant social serait irrégulière, la publicité couvre cette irrégularité. L'alinéa 2 indique qu'il n'est pas possible pour la société d'opposer aux tiers les

règles est d'apporter plus de sécurité juridique aux tiers et autres cocontractants de la société. Il peut arriver que la loi de la société étrangère ne lie pas l'habilitation des représentants sociaux à une mesure de publicité, ce qui a parfois pour conséquence que la société renie les engagements pris par un représentant dont la nomination publiée n'a pas été régulière. Ces règles sont-elles d'ordre public pour envisager leur application en faveur d'un tiers français contre une société étrangère ? Les modalités de désignation des représentants sociaux dépendent uniquement de la *lex societatis* et l'on voit mal pourquoi la loi française serait compétente pour décider de la régularité d'une mesure de désignation ou de publicité concernant une société étrangère. Les exceptions que l'on peut admettre à la compétence de principe de la *lex societatis* en matière de nomination des organes sociaux sont relatives au droit social. En la matière, certaines dispositions du droit français s'appliquent aux sociétés étrangères possédant en France un ou plusieurs établissements. Ces mesures sont des lois de police, il s'agit de ne pas créer d'inégalités entre deux salariés français exerçant leurs fonctions sur le territoire français. Une distinction doit être faite entre les dispositions qui visent le siège social de la société fixé à l'étranger et qui ne doivent pas être soumises à la loi française, et celles qui visent les sièges secondaires situés en France et qui peuvent donner lieu à l'application de la loi française.

175. Le Conseil d'Etat a jugé dans l'arrêt « *Compagnie internationale des wagons-lits* »⁵²¹ que les dispositions de l'ordonnance du 22 février 1945 relative à la création du comité d'entreprise – articles L. 2321-1 et s. du Code du travail – « *doivent être appliquées par toute personne physique ou morale exerçant en France les responsabilités de l'employeur* ». Le Conseil d'Etat précise que la localisation du siège social de la société à l'étranger ne saurait la

nominations et cessations de fonctions des organes sociaux tant qu'elles n'ont pas été régulièrement publiées. La publicité protège donc les tiers de la société.

⁵²¹ C.E., 29 juin 1973, *Dr. soc.* 1974, p. 42, note Savatier ; *Rev. crit. DIP* 1974, p. 344, concl. N. Questiaux ; *JDI* 1975, p. 538, note M. Simon-Depitre ; *Rev. soc.* 1976, p. 664, note J.-L. Bismuth ; B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, op. cit., n° 53 ; P. Francescakis, « Lois d'application immédiate et droit du travail », *Rev. crit. DIP* 1974, p. 273. En ce sens M. Rouast, « La loi sur les comités d'entreprises et les sociétés étrangères », *Droit soc.* 1947, p. 67. L'auteur constate que la meilleure solution est de « *faire une coupure dans les textes de l'ordonnance, et dans la loi qui l'a modifiée, entre les dispositions qui sont exécutoires, et celles qui ne le sont pas* ». Dans l'hypothèse où la société a des établissements en France, elle doit créer des comités d'entreprises. En revanche, en raison de la localisation de son siège social à l'étranger, la société n'est pas dans l'obligation de créer un comité central d'entreprise. Il revient uniquement à la *lex societatis* de dire si la société doit en créer un sur son territoire national ou non.

faire échapper à l'application de ces dispositions. La Cour de cassation mit plus de temps à affirmer ce principe. Dans l'affaire « *Air Afrique* » jugée par la Chambre mixte de la Cour de cassation le 28 février 1986, les juges ont maintenu un arrêt de Cour d'appel qui avait jugé que les obligations imposées par la loi française aux employeurs ne concernaient que les entreprises dont le siège est situé sur le territoire national⁵²². Dans cette affaire, il n'était pas question de l'existence du comité d'entreprise fonctionnant auprès de la succursale parisienne de cette société internationale, mais de l'étendue de l'obligation d'information éventuellement due à ce comité sur l'achat de nouveaux appareils. Finalement, la Chambre sociale de la Cour de cassation opéra un revirement de jurisprudence pour s'aligner sur la conception du Conseil d'Etat dans une affaire ayant trait à la désignation d'un délégué central d'entreprise⁵²³. La Cour de cassation franchit définitivement le cap et retient expressément la qualification de lois de police, celles-ci s'appliquent dès que la société en cause exerce une activité en France. L'exercice d'une activité en France est par conséquent le critère de principe qui entraîne *ipso facto* l'application des lois de police françaises.

2. La résolution des conflits de lois en matière de pouvoirs des dirigeants sociaux.

176. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a été à plusieurs reprises saisie de la question de la loi applicable à la représentation d'une société. Elle a décidé que « *l'appréciation des pouvoirs des dirigeants d'une société relève de la loi nationale de cette société* »⁵²⁴. Cette décision a le mérite de préciser clairement que la loi compétente est la *lex societatis*, toutefois elle fait un détour inutile par la nationalité de la société pour déterminer la

⁵²² Cass. ch. mixte, 28 février 1986, *Bull. civ.* n° 1, *D.* 1987, p. 173, concl. Franck ; *Dr. soc.* 1986, p. 406, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1986, p. 992, note P. Rodière.

⁵²³ Cass. soc., 3 mars 1988, *Bull. civ.* V, n° 164 ; *Rev. crit. DIP* 1989, p. 63, note G. Lyon-Caen ; *JDI* 1989, p. 78, note M.-A. Moreau-Bourlès. La Chambre sociale énonça que « *les lois relatives à la représentation des salariés et à la défense de leurs droits et intérêts sont des lois de police s'imposant à toutes les entreprises et organismes assimilés qui exercent leur activité en France et qui sont dès lors tenus de mettre en place les institutions qu'elles prévoient à tous les niveaux des secteurs de production situés sur le territoire national* ».

⁵²⁴ Cass. com., 21 décembre 1987, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 347, note M.-N. Jobard-Bachellier, *JCP* 1988, II, 21113, concl. Montagnier ; *Rev. Banque* 1988, p. 361, obs. J.-L. Rives-Lange ; Cass. com., 9 avril 1991, *Bull. civ.* IV, n° 123, *Rev. sociétés* 1991, p. 761, note R. Libchaber ; Cass. com., 19 mai 1992, *JDI* 1992, p. 954, note P. Kahn, *Bull. Joly* 1992, p. 758, note L. Faugérolas ; Cass. com., 9 mars 1993, *Bull. civ.* IV, n° 94.

loi applicable. À ce stade, il ne semble pas nécessaire de faire intervenir des considérations liées à la nationalité de la société. Le facteur de rattachement juridique est la localisation du siège social. La première Chambre civile de la Cour de cassation utilise une formulation plus juste tout en s'alignant sur cette solution puisqu'elle énonce que la loi compétente est celle de la « *loi dont dépend la société* »⁵²⁵.

177. Dans le cadre du droit de l'UE, le principe de la compétence de principe de la *lex societatis* assure une certaine sécurité juridique pour les tiers ayant contracté avec une société de capitaux dont le siège social se situe sur le territoire d'un Etat membre. La société est engagée à l'égard des tiers même pour les actes qui ne relèvent pas de son objet social, sauf si ces actes excèdent les pouvoirs que la loi attribue aux organes de la société. L'article 9 § 1 de la directive du 9 mars 1968⁵²⁶ précise que les limitations légales sont toujours opposables aux tiers, la société n'est pas engagée par les actes de ses organes qui excèdent les pouvoirs que la loi leur attribue. Cependant, l'article 9 § 2 ajoute que les limitations qui résultent des statuts ou d'une décision des organes compétents sont toujours inopposables aux tiers, même si elles sont publiées. S'agissant des actes qui ne sont pas en rapport avec l'objet social, l'article 9 § 1 précise qu'ils engagent la société. Néanmoins, sur ce point précis, la directive établit une réserve qui permet aux Etats membres de prévoir que la société n'est pas engagée par un tel acte si elle prouve que le tiers savait qu'il dépassait l'objet social, ou ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, étant cependant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.

178. Le contentieux le plus important concernant l'étendue des prérogatives des dirigeants sociaux a trait au cautionnement de la société, soit par une lettre d'intention, soit par une caution. Il s'agit de déterminer jusqu'où la société est engagée par l'acte de garantie souscrit par l'un de ses représentants. La question s'est souvent posée à propos de l'application de

⁵²⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 8 décembre 1998, *Bull. civ. I*, n° 345 ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 284, note M. Menjucq ; *Rev. Sociétés* 1999, p. 93, note Y. Guyon.

⁵²⁶ Il s'agit de la première directive en matière de coordination du droit des sociétés des Etats membres (n° 68/151/CEE du 9 mars 1968), *JOCE* L 65 du 14 mars 1968. Elle s'attache à la publicité légale, à la validité des engagements sociaux et aux nullités. Elle a été modifiée par la directive n° 2003/58/CE du 15 juillet 2003 (*JOUE* L 221 du 4 septembre 2003).

l'article L. 225-35, alinéa 4 du Code de commerce qui exige des dirigeants sociaux l'obtention de l'autorisation du conseil d'administration pour accorder des garanties au nom de la société. La compétence de la *lex societatis* pour gouverner le statut des dirigeants sociaux a été clairement affirmée par la Cour d'appel de Paris le 26 mars 1966 dans une affaire de conventions réglementées⁵²⁷. La question des pouvoirs des représentants sociaux relève du statut organique de la société, de la même façon que pour les personnes physiques, « *la capacité relève de leur statut personnel* »⁵²⁸. L'engagement pris par un dirigeant social a nécessairement des répercussions sur le patrimoine de la société, il se rattache à la condition de la société personne morale. La règle de conflit donnant compétence à la *lex societatis* en la matière est une règle bilatérale comme cela est également stipulé par la Convention de Rome de 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles. Dans l'affaire « *Le Matin de Paris* »⁵²⁹, la Cour de cassation censure l'arrêt de la Cour d'appel au motif qu'il revient à la loi luxembourgeoise de déterminer l'étendue des pouvoirs des dirigeants de la société. Conformément à la loi du Luxembourg, l'engagement contracté était nul puisqu'il dépassait les attributions statutaires. La Cour de cassation pose comme principe que les règles relatives aux attributions des organes sociaux dépendent de la *lex societatis* et s'appliquent à tout contrat quelle que soit la loi qui régit le fond ou la forme de l'acte.

⁵²⁷ C.A. Paris, 26 mars 1966, *Gaz. Pal.* 1966, 1, p. 400 ; *JDI* 1966, p. 841, note Goldman ; *Rev. crit. DIP* 1968, p. 58, note Y. Loussouarn. Cf. également H. Synvet, *Rép. internat. Dalloz*, « Société », n° 110, qui ne manque pas de rappeler que la compétence de principe de la *lex societatis* peut être éludée si un *Terminal agreement* a été signé lors de son départ par le président d'une grande société française, *Bull. COB* juillet-août 2003, p. 329. Le problème juridique n'était pas de déterminer la loi du contrat de cautionnement ou de la lettre d'intention, « *mais de dégager la loi gouvernant les pouvoirs des représentants sociaux en vertu de la règle de conflit qui soumet la capacité ou les pouvoirs de contracter à la loi du signataire* ».

⁵²⁸ D. Vidal, *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2010, n° 1413, p. 699.

⁵²⁹ Cass. com., 9 avril 1991, « *Société professionnelle des papiers de presse c/ Société Interpart* », *Rev. sociétés* 1991, p. 746, note R. Libchaber. Cette solution donnant compétence à la *lex societatis* a été régulièrement consacrée par la Cour de cassation : Cass. com., 19 mai 1992, « *Banque Worms c/ Grindlay's Bank* », *Bull. Joly* 1992, p. 758. Dans cet arrêt, la Cour précise que la solution de la compétence exclusive de la *lex societatis* concerne également les limitations qui pourraient y être apportées. Cass. com., 8 décembre 1998, « *BNP c/ Hoff* », *Dr. sociétés*, mars 1999, p. 15, n° 3, note D. Vidal ; *Bull. Joly sociétés* 1999, § 95, P. 458, note M. Menjucq ; du même auteur : *Rev. crit. DIP* 1999, p. 284. En l'espèce, les juges censurent l'arrêt par lequel une Cour d'appel, statuant sur la validité d'un cautionnement accordé par la société, fait application de la loi de l'obligation principale, différente de la *lex societatis*. La loi française n'était pas compétente pour régir un cautionnement donné par une société dont le siège est en Ecosse.

179. La question de l'étendue des pouvoirs des représentants sociaux est totalement indépendante de l'acte souscrit par ces derniers. La conséquence directe est que le pouvoir du représentant doit être déterminé au regard des dispositions de la loi de la société, et non pas en vertu de la loi de l'acte. En outre, la détermination de la loi applicable aux pouvoirs des représentants sociaux par la loi locale de l'acte aurait la fâcheuse conséquence de faire dépendre leurs pouvoirs à autant de lois qu'ils concluent d'actes au nom de la société. Une telle solution n'assurerait aucune sécurité juridique à la société et ruinerait l'unité de son statut. En dépit des efforts d'une partie de la doctrine se fondant sur la théorie de l'apparence ou la responsabilité civile pour limiter la portée de la *lex societatis*⁵³⁰, la Cour de cassation n'a jamais opté pour ces solutions et affirme la compétence exclusive de la *lex societatis* en matière de loi applicable aux pouvoirs des représentants sociaux. Judicieusement, M. Libchaber remarque que la difficulté résulte non pas de l'application d'une loi étrangère mais de l'absence « *d'identité entre la loi applicable au cautionnement et la loi applicable aux pouvoirs des dirigeants sociaux* »⁵³¹. Il serait plus simple pour le cocontractant de se référer à une loi unique, celle de la société, plutôt que de rechercher le contenu exact de la loi de la société d'une part, et de la loi locale applicable à l'acte d'autre part. Cette solution entraîne un transfert du « *centre de gravité* »⁵³² du contrat, le créancier ne serait plus fondé à invoquer son ignorance du contenu de la loi étrangère. Il existe donc une véritable obligation de renseignement à la charge du tiers cocontractant qui ne peut pas se fonder sur la difficulté de rechercher les dispositions de la loi étrangère normalement compétente. L'on peut aisément

⁵³⁰ M.-N. Jobard-Bachelier (*Rev. crit. DIP* 1988, p. 354) souhaiterait en effet que la *lex societatis* puisse être écartée au profit de la loi locale lorsque le tiers a cru de bonne foi que le représentant de la société bénéficiait de pouvoirs plus larges. Dans le même ordre d'idées, H. Synvet (*Rev. sociétés* 1988, p. 398) envisage que la mise en œuvre de la responsabilité civile des dirigeants sociaux étrangers puisse être possible pour les tiers n'ayant pas connaissance exacte des attributions statutaires des dirigeants de la société.

⁵³¹ R. Libchaber, *Rev. sociétés* 1991, p. 746 et s. D'après cet auteur, la solution nous est donnée par la Convention de Rome du 19 juin 1980 portant unification des règles de conflit de lois applicables aux obligations contractuelles. En effet, concernant les cautionnements souscrits après le 1^{er} avril 1991, la loi applicable est, sauf choix exprès des parties, celle du « *pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, ce pays étant présumé être celui où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, (...) s'il s'agit d'une société, (...) son administration centrale* ».

⁵³² M. Menjuq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 116. La conséquence directe d'une telle solution est une obligation accrue de renseignement de la part du cocontractant. En outre, L'urgence n'est pas un argument recevable pour éluder l'application de la loi étrangère. Cependant, cet argument se fondant sur la Convention de Rome de 1980 ne résout pas la question d'un choix exprès de la loi applicable au cautionnement par les parties, à savoir retenir la compétence de la *lex societatis* ou celle de la *lex contractus*.

rapprocher la position de la Cour de cassation du droit anglo-saxon qui fait une large place à l'obligation de se renseigner au détriment de l'obligation d'information. Il n'appartient pas à la société étrangère d'informer les tiers cocontractants du contenu exact de la loi applicable à son statut juridique, mais aux tiers de se renseigner avant tout engagement contractuel⁵³³. Cette solution anglo-saxonne, prônée par les partisans de la théorie de l'analyse économique du droit, favoriserait ainsi le développement de l'activité économique en imposant aux acteurs du commerce international de rechercher le contenu des lois étrangères puisque l'obligation d'information n'aurait que des effets néfastes en obligeant la société étrangère à communiquer sur sa loi nationale⁵³⁴.

La détermination de la loi applicable aux pouvoirs des dirigeants sociaux ne suscite pas de véritables problèmes dans la mesure où la *lex societatis* est toujours compétente. La jurisprudence se montre extrêmement réticente à l'idée même de faire échec à la compétence exclusive de la *lex societatis*, y compris par le jeu de l'exception d'ordre public.

3. Détermination de la loi applicable à la responsabilité des dirigeants sociaux.

180. En matière de loi applicable à la responsabilité des représentants de la société dans leurs relations avec les tiers, le principe est celui de l'application de la *lex rei sitae*. La loi compétente est celle du lieu où l'infraction a été commise. La solution du conflit de lois en matière de loi applicable à la responsabilité d'un dirigeant social est différente si la responsabilité civile ou pénale est mise en œuvre. Nous verrons successivement la loi applicable à la responsabilité civile des dirigeants sociaux (a), puis dans une seconde étape la loi applicable en matière de responsabilité pénale des représentants de la société (b), et enfin

⁵³³ R. Budden, « Le juste et l'inefficace ; pour un non-devoir de renseignement », *RTD civ.* 1985, p. 91.

⁵³⁴ Concernant l'analyse économique du droit : v. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats (essai d'une théorie)*, thèse, LGDJ, 1992, p. 49 et s. Le fondement de l'analyse économique du droit est de développer l'efficacité des règles de droit, cela passe par l'examen de l'impact de la règle de droit sur les individus et de la réalisation de son but sans être détournée par les individus. Cf. théorie de A. T. Kronman exposée par M. Fabre-Magnan, thèse préc., p. 74 et s. Dans le même sens : B. Nicholas, « L'obligation précontractuelle de renseignement en droit anglais », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la direction de D. Tallon et F. Harris, LGDJ, Paris, 1987, p. 185, v. spéc. n° 65 et s.

la loi applicable à la responsabilité en cas de faillite (c).

a) La loi applicable à la responsabilité civile des dirigeants sociaux.

181. Nous verrons successivement les conflits de lois relatifs à l'étendue de la responsabilité civile des dirigeants (i) et les conflits de lois relatifs à la mise en œuvre de cette responsabilité (ii).

i. Les conflits de lois relatifs à l'étendue de la responsabilité civile des dirigeants sociaux.

182. En la matière, le problème trouve son origine dans la distinction qu'opère le droit interne français entre la nature des fautes commises par le dirigeant dont la responsabilité est mise en jeu. D'une part, la responsabilité est contractuelle pour les fautes de gestion ; d'autre part, elle est délictuelle pour les violations des clauses statutaires ou de la *lex societatis*. En l'absence de règles matérielles en droit international pour déterminer la loi applicable à l'étendue de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, la solution est la règle de conflit classique utilisée par les juges nationaux⁵³⁵ qui retiennent exclusivement la compétence de la *lex societatis* sous réserve de l'application des lois de police. De réelles tentatives de réglementation en matière de responsabilité des dirigeants sociaux ont eu lieu. La première directive du 9 mars 1968⁵³⁶ portant sur les pouvoirs des dirigeants sociaux a rendu inopposables aux tiers les clauses statutaires limitatives des pouvoirs des dirigeants et a posé le principe de l'engagement par les dirigeants de la société par actions et de la société à responsabilité limitée au-delà de l'objet social. De plus, le projet de cinquième directive du 9 octobre 1972⁵³⁷ sur la structure des sociétés anonymes, les pouvoirs et les obligations de leurs

⁵³⁵ D. Cohen, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 585 et s.

⁵³⁶ Directive du 9 mars 1968 n° 68/151/CEE, *JOCE* L 65 du 14 mars 1968.

⁵³⁷ La cinquième directive est toujours au stade de projet (en dernier lieu, *JOCE* C 7 du 11 janvier 1991). Elle porte sur la structure des sociétés anonymes, les pouvoirs et les obligations de leurs organes. L'aspect social avec la participation des salariés est également à l'origine du blocage de l'adoption de la cinquième directive.

organes visait à harmoniser les législations nationales des Etats membres en matière de responsabilité des dirigeants sociaux. L'Institut de droit international a également tenté d'élaborer des règles matérielles en matière de responsabilité des dirigeants sociaux. La difficulté de la matière a poussé cet organisme à élaborer et adopter des résolutions sur « *les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres* »⁵³⁸. Toutefois, ces diverses tentatives d'harmonisation sont restées lettre morte en raison des trop fortes divergences des législations nationales. Chaque Etat préférant s'en remettre à la règle de conflit de lois pour déterminer la loi applicable à la responsabilité des dirigeants sociaux.

183. En droit interne français, la question fut posée, dans la seconde affaire de la « *Banque ottomane* »⁵³⁹, de savoir s'il existait véritablement un ordre public international à même de s'appliquer à une société étrangère dont la loi exclusivement compétente en matière d'information des actionnaires était celle de sa constitution. Les juges répondirent par l'affirmative et reconnurent que « *la sécurité des relations commerciales et financières postule la reconnaissance d'un ordre public, sinon universel, du moins commun aux divers ordres juridiques qui protègent les intérêts des personnes associées à la vie des sociétés de capitaux* ». Toutefois, cette décision de la Cour d'appel de Paris n'a pas fait jurisprudence.

184. En cas de dépassement des pouvoirs conférés par les statuts à un représentant social, quelle est la loi compétente pour mettre en cause la responsabilité de celui-ci et décider d'une éventuelle sanction ? En l'absence de règles matérielles, c'est à la *lex societatis* qu'il revient de déterminer la responsabilité des dirigeants sociaux s'agissant aussi bien de l'étendue de la responsabilité que de sa mise en œuvre. Depuis la réforme législative du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, la *lex societatis* a supplanté la *lex contractus* qui aurait pu

⁵³⁸ Session de Lisbonne, août-septembre 1995, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 383 et s. Ces résolutions ne contiennent que des règles matérielles. Une société-mère peut se voir imputer la responsabilité contractuelle entre une société membre et un tiers en cas de participation « *à la négociation, à l'exécution ou à la terminaison du contrat* » en cause, ou si elle « *s'est livrée à une fraude ou à une pratique trompeuse* ». De plus, « *la responsabilité non contractuelle peut être imputée à l'entité de contrôle dans des circonstances, telles des catastrophes, dans lesquelles les ressources de la société membre ou des sociétés membres directement impliquées apparaissent comme insuffisantes pour satisfaire complètement aux réclamations présentées* ». V. II Principes, point 2. (b).

⁵³⁹ C.A. Paris, 3 octobre 1984, *JDI* 1985, p. 526, note H. Synvet ; *JDI* 1986, p. 156, note B. Goldman.

s'appliquer à titre de loi du contrat conclu entre le dirigeant mis en cause et un tiers⁵⁴⁰. Cependant, l'instauration d'un statut légal des représentants sociaux a fait que ceux-ci entrent dans le champ d'application de la loi de la société étant donné que les représentants sociaux font partie intégrante des rouages du fonctionnement de la société. Qui plus est, la Convention de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles exclut expressément les sociétés de son champ d'application, ce qui signifie que celles-ci sont régies uniquement par la loi ayant présidé à leur constitution.

185. D'autres lois doivent également être écartées s'agissant de la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants sociaux. C'est le cas de la loi du domicile ou de la nationalité des dirigeants. La *lex loci delicti* est aussi à écarter puisque la responsabilité d'un dirigeant social peut être mise en jeu en l'absence d'un fait juridique, de plus « *la personnalité morale de la société fait écran à l'action exercée par un tiers* »⁵⁴¹. La loi du *for* s'efface également devant la compétence exclusive de la *lex societatis*. En pratique, il n'y a pas forcément de coïncidence entre le juge compétent et la loi applicable. La place centrale donnée à la *lex societatis* en matière de constitution, de fonctionnement ou de liquidation de la société ne fait plus aucun doute. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point⁵⁴².

186. À la lecture de la doctrine et de la jurisprudence, la responsabilité des dirigeants sociaux est soumise à l'application exclusive de la *lex societatis*. Cette solution a le mérite d'assurer l'unité du statut juridique de la société, mais aussi de procurer aux juges et aux parties en litige une certaine simplicité dans la détermination de la loi applicable, enfin on peut même y voir un gage de prévisibilité des solutions qui est un élément important de la vie des affaires⁵⁴³. Cette solution a été consacrée par la Cour de cassation dans l'arrêt « *Africatours* » du 1^{er} juillet 1997⁵⁴⁴. Cet arrêt de la Cour de cassation est important à plus

⁵⁴⁰ D'après D. Cohen, il s'agirait plus d'une « *question de terminologie que de fond* », art. préc., *Rev. crit. DIP* 2003, p. 597.

⁵⁴¹ D. Cohen, art. préc., p. 598.

⁵⁴² Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, op. cit., n° 203 ; P. Mayer et V. Heuzé, *droit international privé*, op. cit., n° 1041 ; M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 101 et s.

⁵⁴³ D. Cohen, art. préc., *Rev. crit. DIP* 2003, p. 599.

⁵⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1997, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 292, note H. Muir Watt ; *Bull. Joly* 1997, p. 1062, n°

d'un titre puisqu'il consacre pour la première fois l'application de la *lex societatis* à la responsabilité des dirigeants sociaux mais aussi parce qu'il « *modifie le fondement de la dénaturation de la loi étrangère* »⁵⁴⁵. Toutefois, la solution dégagée par la Cour de cassation dans cette affaire a fait l'objet de quelques aménagements jurisprudentiels dans la mesure où la Cour est revenue sur certains aspects de sa position en imposant désormais au juge saisi sur le fondement d'une loi étrangère de vérifier dans tous les cas de figure le contenu de celle-ci⁵⁴⁶. Cela étant dit, la compétence de principe de la *lex societatis* en matière de responsabilité des dirigeants n'est nullement remise en cause.

187. Si l'on se fonde sur la qualité de la personne qui intente l'action en justice, tiers ou associé, la *lex societatis* pourrait subir d'éventuelles limites dans la mesure où la loi du lieu de l'acte générateur de responsabilité peut être compétente pour régir les modalités de la responsabilité du représentant social mis en cause. Nous aurions d'une part, la *lex societatis* applicable pour régir la responsabilité d'un dirigeant social lorsque l'action est intentée par la société elle-même ou par l'un des associés ; d'autre part, l'application de la *lex loci delicti* chaque fois que l'action en responsabilité est intentée par un tiers à la société. En effet, cette dernière solution correspond en tous points à la jurisprudence française en matière de responsabilité de droit commun⁵⁴⁷. Malgré la justesse d'un tel raisonnement, une telle division

383, note M. Menjucq ; *D. aff.* 1997, p. 1123. ; *Bull. civ.* I, n° 222. En l'espèce, la société Africatours intenta une action en responsabilité contre le dirigeant personne physique d'une autre société sénégalaise Africair services. La Cour censura pour dénaturation une décision qui avait rejeté une action en responsabilité intentée contre le dirigeant d'une société sénégalaise pour faute commise dans l'exercice de ses fonctions, sous prétexte que la loi sénégalaise était identique à la loi française et que le droit français excluait toute responsabilité en l'espèce. En effet, la Cour de cassation prononça la dénaturation – sur le fondement de l'article 3 du Code civil – de l'arrêt de la Cour d'appel qui pour statuer avait interprété les termes de la loi sénégalaise à la lumière des dispositions internes du droit français, avec application de la faute détachable des fonctions, dont elle avait estimé les termes identiques.

⁵⁴⁵ D. Cohen, art. préc., *Rev. crit. DIP* 2003, p. 599.

⁵⁴⁶ La Cour de cassation est revenue sur la jurisprudence « *Masson-Amerford* » et impose désormais au juge saisi, qu'il s'agisse d'intérêts purement privés ou de droits indisponibles, de rechercher le contenu de la loi étrangère dans tous les cas de figure : Cass. civ. 1^{ère}, 18 juin, 18 septembre et 22 octobre 2002, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 86, note H. Muir Watt. Un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation oblige le juge à opérer cette recherche du contenu de la loi étrangère dès lors qu'il est saisi : 28 janvier 2003, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 86, note H. Muir-Watt ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 462, note B. Ancel.

⁵⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 14 janvier 1997, *D.* 1997, p. 177, note M. Santa Croce ; *Rev. crit. DIP* 1997, p. 504, note J.-M. Bischoff ; *JCP* 1997. II. 22903, note H. Muir Watt. Pour la jurisprudence française, conformément au principe de proximité, la loi compétente est celle qui entretient les liens les plus étroits avec la situation litigieuse. V. également : Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1999, *JDI* 1999, p. 1048, note D. Légier ; *D.* 1999, somm., p. 295, obs. B.

quant à la loi applicable n'est pas satisfaisante. D'une part, les tiers ne sont pas forcément liés avec la société par des rapports de pur fait, ils peuvent être liés à elle par des contrats ; d'autre part, la société possède la personnalité morale dès son immatriculation au registre du commerce ce qui fait d'elle une personne morale détachée de ses dirigeants sociaux. Seule la société peut être redevable de la mauvaise exécution ou de l'inexécution totale ou partielle d'un contrat conclu avec un tiers. La responsabilité d'un dirigeant social personne physique n'est recherchée que dans de rares hypothèses où celui-ci aurait agi par négligence ou imprudence. Il revient à la *lex societatis* de déterminer l'étendue de la responsabilité des dirigeants sociaux au-delà du voile social⁵⁴⁸.

ii. Les conflits de lois relatifs à la mise en œuvre de la responsabilité civile.

188. Dans le cadre d'une action en responsabilité, il revient au juge saisi de déterminer selon quelle loi il va procéder à la qualification de l'action. Deux lois sont en théorie compétentes : la *lex societatis* et la *lex fori*. La solution traditionnelle invite le juge saisi à faire une interprétation *lege fori*, c'est-à-dire à la lumière des dispositions de son droit interne, lorsqu'il se trouve en présence d'une véritable qualification de droit international privé. Cette limitation apportée à la compétence de la *lex societatis* démontre qu'« une coïncidence entre la compétence législative et la compétence juridictionnelle sur la question de la responsabilité des dirigeants sociaux » présente un certain intérêt dans la mesure où en cas de coïncidence seule la *lex societatis* est appliquée⁵⁴⁹. Toutefois, il ne s'agit pas de la seule limitation à l'application exclusive de la *lex societatis*. Dans deux cas particuliers, la compétence de la *lex societatis* est ponctuellement écartée au profit de la loi du *for* : il s'agit d'une part, de l'intervention des lois de police en matière boursière pour les sociétés cotées ; d'autre part, de l'application de la loi du lieu où la décision a été prise par le dirigeant social

Audit ; *Rev. crit. DIP* 2000, p. 199, note J.-M. Bischoff.

⁵⁴⁸ D. Cohen, art. préc., p. 603. Pour l'auteur, « il revient donc naturellement a priori à la *lex societatis* de donner les éléments permettant de rechercher la responsabilité personnelle des dirigeants, au-delà de la personne morale de la société : théories françaises de faute détachable des fonctions, interposition frauduleuse de personne, confusion de patrimoine ; théorie américaine de « percing the corporate veil », etc. ».

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 603.

dont la responsabilité est mise en jeu. M. Cohen préfère parler de « *cantonnement* » de la *lex societatis* dans ces deux hypothèses même si le résultat est somme toute identique puisque la compétence de la *lex societatis* est, ponctuellement et exceptionnellement, éludée au profit d'une autre loi⁵⁵⁰.

b) La loi applicable à la responsabilité pénale des représentants de la société.

189. S'agissant de la mise en œuvre de la responsabilité pénale d'un dirigeant social, il n'y a pas vraiment de difficultés majeures dans la mesure où le droit pénal est d'application strictement territoriale. Si le dirigeant d'une société commet une infraction pénale sur le territoire français comme le délit d'initié, la *lex societatis* de la société ne peut pas recevoir application, seule la loi française s'applique en tant que *lex fori*. En outre, en présence d'une société étrangère, l'on doit vérifier si la loi française s'applique à celle-ci en vertu du principe d'interprétation stricte des lois pénales. La société étrangère tombe sous le coup de la loi pénale française seulement dans l'hypothèse où cette loi incrimine la société étrangère. La responsabilité pénale d'une société étrangère dont le siège est situé à l'étranger est retenue si l'infraction a été commise sur le territoire français et si la société incriminée jouit de la personnalité morale en France. En vertu de l'article L. 113-2 du Code pénal, la loi française s'applique si l'un des faits constitutifs de l'infraction s'est produit en France. Lorsqu'un tel élément est caractérisé, la loi pénale française est compétente pour régir la situation ainsi créée. L'appréciation des faits dépend de la *lex fori*. Les juges français peuvent reconnaître que la société dispose de la personnalité morale même si son Etat d'origine ne lui accorde pas cette personnalité⁵⁵¹. En pratique, cette question ne soulève pas de difficultés dans la mesure où la société étrangère est reconnue et exerce une activité en France. Pour les infractions commises jusqu'au 30 décembre 2005, la responsabilité pénale des personnes morales ne pouvait être mise en cause que si un texte le prévoyait de manière exprès et précise⁵⁵². En

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 604.

⁵⁵¹ *Mémento pratique F. Lefebvre. Sociétés commerciales, op. cit.*, n° 1882.

⁵⁵² Art. L. 121-1 du Code pénal dans sa rédaction applicable jusqu'au 30 déc. 2005, modifié par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *J.O.* n° 59, 9 mars 2004 (version consolidée, loi n° 2010/242, 12 mars 2010). Cf. Cass.

revanche, toutes les infractions commises par la société à compter du 31 décembre 2005 peuvent entraîner la mise en œuvre de la responsabilité pénale de la société, y compris dans l'hypothèse où aucun texte spécifique ne le prévoit de manière expresse⁵⁵³. Un certain nombre d'infractions pénales instituées par la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales a été supprimé suite au mouvement de dépenalisation de la vie des affaires entrepris depuis la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques⁵⁵⁴. Certaines dispositions du Code de commerce sanctionnant des atteintes au droit français des sociétés ne vont pas s'appliquer au dirigeant d'une société de droit étranger ayant son siège social à l'étranger⁵⁵⁵.

c) La loi applicable à la responsabilité des dirigeants sociaux en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de la société.

190. La responsabilité des dirigeants sociaux peut être recherchée en cas de faute de leur part dans la gestion de la société. L'article L. 225-255 du Code de commerce permet aux juges de mettre à la charge des dirigeants sociaux une partie du passif social dans l'hypothèse d'une insuffisance d'actifs ayant mené à la faillite de la société. Toutefois, l'on doit s'interroger sur l'application de cette disposition à des sociétés étrangères exerçant une activité en France et dont la faillite a été prononcée soit en France, soit au lieu du siège social. La loi applicable aux sociétés étrangères en cas de procédure collective est celle du lieu d'ouverture de la procédure. Si la responsabilité de l'un des dirigeants sociaux est mise en œuvre, le juge compétent est celui de l'Etat où l'un des éléments constitutifs de l'infraction s'est produit. La

crim., 18 avril 2000, *Bull. crim.* n° 153.

⁵⁵³ *Mémento pratique F. Lefebvre. Sociétés commerciales, op. cit.*, n° 1885. V. art. L. 121-2 du Code pénal, dans sa rédaction applicable à compter du 31 déc. 2005, modifié par la loi 2004-204 du 9 mars 2004.

⁵⁵⁴ G. Ripert et R. Roblot (actualisé par M. Germain), *Traité de droit commercial*, tome 1, volume 2, 19^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2009, n° 1752, p. 541. La loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises a poursuivi ce mouvement de dépenalisation de la vie des affaires.

⁵⁵⁵ Cass. com., 3 juin 2004, n° 3504, *RJDA* 10/2004, n° 1129. En l'espèce, le dirigeant social d'une société propriétaire d'un hôtel en France, mais ayant son siège à Jersey, qui avait réglé des dépenses personnelles sur les fonds de la société, à partir des comptes bancaires dont la société était titulaire en France, ne peut pas être condamné pour abus de biens sociaux sur le fondement des articles L. 241-3 et L. 242-6 du Code de commerce. Seule la qualification d'abus de confiance est susceptible d'être retenue. Cette solution a été retenue puisque les dispositions du Code de commerce s'appliquent aux sociétés dont le siège social est situé sur le territoire français conformément à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 210-3 du Code de commerce.

doctrine milita en faveur du non-cumul des deux types d'actions fondées l'une sur le droit commun, l'autre sur le droit spécial des sociétés⁵⁵⁶. La Cour de cassation refusa dans un premier temps d'adhérer à ce courant doctrinal et affirma que « *la responsabilité des dirigeants sociaux peut être mise en œuvre à la suite, soit d'une action personnelle ou sociale visant les administrateurs, soit d'une action en paiement des dettes sociales fondée sur l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985* »⁵⁵⁷. Cependant, le cumul des actions entraînait des incohérences puisque les dispositions spéciales du droit des faillites étaient tantôt plus favorables, tantôt moins favorables aux créanciers que le droit commun. C'est pourquoi la Cour de cassation a affirmé que le régime spécial de responsabilité de l'action en comblement du passif exclut la possibilité de mettre en œuvre l'action en responsabilité de droit commun, que celle-ci soit fondée sur les dispositions spécifiques du droit des sociétés ou sur l'article 1832 du Code civil⁵⁵⁸. C'est au seul liquidateur de la personne morale de recouvrer le montant de la condamnation mise à la charge du dirigeant et de répartir les fonds entre les créanciers de celle-ci⁵⁵⁹. Dans la mesure où l'ouverture d'une action en comblement du passif social est intentée en France contre une société étrangère, la solution la plus judicieuse serait d'appliquer la *lex societatis* de la société étrangère sauf dans l'hypothèse où l'application de la loi étrangère heurterait les dispositions de l'ordre public français.

Après avoir constaté que la *lex societatis* s'applique de manière quasi exclusive à l'organisation interne et au fonctionnement de la société, il s'agit à présent d'étudier les problèmes de conflits de lois que posent l'opération de fusion internationale.

⁵⁵⁶ Ripert et Roblot (actualisé par M. Germain), *Traité de droit commercial*, op. cit., n° 3283 ; J.-J. Daigre, « De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou liquidation judiciaire », *Rev. sociétés* 1988, n° 199 et s.

⁵⁵⁷ Cass. com., 16 avril 1991, *Rev. sociétés* 1992, p. 102, note Chaput.

⁵⁵⁸ Cass. com., 28 juin 1995, *Rev. sociétés* 1995, p. 555, note Derrida ; Cass. com., 26 mai 1999, n° 1024, *RJDA* 3/00, n° 321 ; Cass. com., 19 fév. 2002, *Dr. sociétés* juin 2002, n° 117, note D. Vidal.

⁵⁵⁹ Cass. com., 28 mars 2000, *RTD com.* 2001, p. 452.

§ 4. Les conflits de lois relatifs aux fusions internationales de sociétés.

191. La réalisation d'une fusion⁵⁶⁰ internationale entre deux sociétés soumises à des lois différentes présente de grandes difficultés en droit international privé. Cette opération juridique va toucher la structure interne des sociétés impliquées dans la fusion. En droit français, la matière a été complétée par la directive CE n° 2005/56 du 26 octobre 2005 relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux qui a été transposée en droit français par les articles 1 à 7 de la loi du 3 juillet 2008 aux articles L. 236-35 et suivants du Code de commerce. Cette directive facilite la réalisation des fusions transfrontalières au sein de l'Union européenne entre deux ou plusieurs sociétés issues de deux ou plusieurs Etats membres. En dehors du cadre de l'UE⁵⁶¹, il n'existe pas de règles juridiques applicables à la fusion internationale, aucune convention multilatérale n'a été signée à l'échelle internationale.

⁵⁶⁰ G. Cornu (*Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 426) définit la fusion comme « l'opération par laquelle deux ou plusieurs sociétés réunissent leur patrimoine pour ne former qu'une seule société.

– **par absorption.** Celle dans laquelle la société absorbante augmente son capital du montant de l'actif de la société absorbée.

– **par création de société nouvelle.** Fusion dans laquelle deux ou plusieurs sociétés disparaissent pour constituer une société nouvelle à laquelle elles apportent leur patrimoine.

– **scission.** Opération dans laquelle une société fait apport de ses biens et activités à deux ou plusieurs sociétés préexistantes ou participe avec celles-ci à la constitution de sociétés nouvelles ».

Pour une définition orientée vers l'aspect économique de la fusion-acquisition, cf. *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, 8^{ème} éd., (sous la direction de) Claude-Danièle Echaudemaison, Nathan, Paris, 2009, 575 p., v. spéc. p. 225 : « Opération au cours de laquelle deux sociétés A et B se réunissent dans une nouvelle société AB. Si une des deux sociétés se fond dans l'autre il s'agit d'une fusion-absorption. Les actionnaires des sociétés fusionnées reçoivent en échange de leurs titres des actions de la nouvelle société issue de la fusion ou de la société absorbante. Ce sont des opérations complexes à réaliser, qui exigent que l'apport net soit rémunéré par des titres, que le projet de fusion comporte toute une série d'éléments imposés (motifs de l'opération, dates d'arrêté des comptes des sociétés, détermination de la parité d'échange...) qui fassent l'objet d'une publicité préalable. Souvent, les alliances constituent des préalables aux fusions ».

⁵⁶¹ Dixième directive n° 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux. Déjà l'article 230 du traité de Rome évoquait la fusion internationale et invitait les Etats membres à engager des négociations en vue de parvenir à une réglementation du droit de l'UE en la matière, c'est dire tout l'enjeu que les Etats membres accordaient à la fusion internationale mais en raison de fortes divergences entre les législations nationales et le blocage de l'Allemagne en la matière, aucun consensus ne put être dégagé par l'Union européenne avant l'adoption de la dixième directive en 2005. Cette directive a été transposée en droit français par la loi n° 2008/649 du 3 juillet 2008 (*J.O.* n° 155, 4 juillet 2008) portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit de l'UE. Le chapitre VI du titre III du livre II du Code de commerce est ainsi complété par une section 4 comportant 9 articles (art. L. 236-25 à L. 236-31). Ces dispositions s'appliquent aux traités de fusions internationales conclus après le 4 juillet 2008. La loi du 3 juillet 2008 a été complétée par les D. n° 2008/1116, n° 2008/1117 et D. n° 2009/11.

Dans un premier point, nous exposerons de quelle manière la fusion transfrontalière donne naissance à un conflit mobile relatif à la loi applicable aux associés des sociétés absorbées (A). Ensuite, dans un deuxième temps, nous étudierons les conflits de lois relatifs aux conditions de réalisation de la fusion (B) et nous verrons enfin quels sont les conflits de lois relatifs aux effets de la fusion transfrontalière (C).

A/ La naissance d'un conflit mobile relatif à la loi applicable aux associés des sociétés absorbées.

192. La fusion internationale entraîne-t-elle un changement de *lex societatis* pour les associés des sociétés dissoutes ? Selon la terminologie de Bartin, nous sommes en présence d'un conflit mobile⁵⁶² toutes les fois qu'une modification de l'élément de rattachement se traduit pour la société en cause par la soumission à deux systèmes juridiques successifs⁵⁶³. La difficulté en matière de fusion transfrontière est qu'à première vue il n'y a pas de conflit mobile puisque les sociétés impliquées dans l'opération de fusion internationale sont absorbées, par conséquent seule la société absorbante est soumise à la loi qui a présidé à sa constitution. Les sociétés participantes à la fusion ne sont à aucun moment soumises à deux lois successives. En revanche, du point de vue des associés, il existe bien un conflit mobile dans la mesure où ces derniers sont soumis à deux lois successives. En outre, des bouleversements relatifs à leurs droits ou à leurs obligations juridiques dans la société nouvelle peuvent survenir, celle-ci n'étant pas forcément soumise à la loi de la société absorbée dont ils étaient les associés. Ces derniers sont donc soumis à deux lois successives, la loi de la société absorbée et la loi de la société nouvelle. Pour B. Goldman⁵⁶⁴, la société

⁵⁶² G. Cornu (*Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, pp. 230 et 231) définit le conflit mobile comme le « nom donné à l'espèce particulière de conflit de lois qui surgit lorsque, par suite d'une modification du facteur de rattachement, une même situation juridique peut être successivement soumise à deux lois différentes entre lesquelles il faut choisir ».

⁵⁶³ M. Menjucq, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, thèse préc., n° 85, p. 58. Dans le même sens : Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, n° 318 ; H. Batiffol, « Conflit mobile et droit transitoire », in *Mélanges Roubier*, 1961, t. I, p. 39 et s. ; Rigaux, « Le conflit mobile en droit international privé », *Rec. Acad. La Haye*, 1966, I, p. 329.

⁵⁶⁴ B. Goldman, « Rapport introductif au projet de fusion internationale des sociétés anonymes », *RTDE* 1974, p.

absorbée et dissoute sans liquidation lors de l'opération de fusion disparaît tout simplement. Indépendamment de la transmission universelle de son patrimoine à la société absorbante, il n'y a pas de changement de nationalité pour les sociétés absorbées, les associés de ces dernières deviennent des associés de la société absorbante dont la loi nationale régit leurs rapports.

193. G. Beitzke⁵⁶⁵ soutient une conception diamétralement opposée puisque, de façon indirecte, la société continuerait d'exister à travers ses associés. La transmission de l'universalité du patrimoine des sociétés absorbées ne signifie pas une rupture de la personnalité morale des sociétés absorbées puisque les associés des sociétés dissoutes deviennent automatiquement associés de la société absorbante ou nouvellement créée. La société absorbée doit désormais continuer son objet à l'étranger, ce qui constitue un problème analogue à celui du transfert international de siège social. Dans cette hypothèse, les associés vont perdre le bénéfice de la loi sous l'empire de laquelle ils se sont engagés dans la société. Une doctrine italienne soutient qu'il est tout à fait possible d'étendre le droit de *recesso* prévu par l'article 1437 du Code civil italien à l'égard des associés opposés à l'opération de fusion⁵⁶⁶. Cette conception de M. Beitzke correspond mieux à la réalité économique des opérations de fusions internationales qui s'apparentent au transfert international de siège social. S'agissant de la caractérisation d'un conflit mobile à l'égard des sociétés dissoutes lors de la fusion mais dont les associés seraient en quelque sorte la continuité juridique, des doutes ont été émis quant à la modification de l'élément de rattachement⁵⁶⁷. Le conflit mobile implique que le facteur de rattachement demeure inchangé. Dans l'hypothèse de la fusion internationale, il faudrait que l'on soit en présence d'une même entité juridique qui serait soumise successivement à deux lois différentes. Or, cela n'est pas le cas. Tout d'abord, aucune des sociétés participantes à la fusion n'est soumise successivement à deux lois

464, v. spéc. p. 468.

⁵⁶⁵ G. Beitzke, « Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés (droit communautaire et droit international privé) », *Rev. crit. DIP* 1967, p. 1.

⁵⁶⁶ Guerra, *Rapport au congrès de la F.I.D.E.*, 1961, p. 97, cité par H. Synvet, « Enfin la société européenne ? », *RTDE* 1990, p. 261. Le droit de *recesso* s'analyse en un droit de retrait pour les associés opposés à la fusion internationale, ces derniers récupérant la valeur de leurs parts sociales s'ils ne souhaitent pas que la loi applicable à leurs rapports avec la société et les autres associés soit modifiée.

⁵⁶⁷ Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, n° 318 et s. ; P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 250 et s.

différentes, les sociétés dissoutes n'existent plus juridiquement. Ensuite, la société absorbante est une nouvelle entité juridique dotée d'une personnalité juridique autonome, il s'agit d'une personne morale nouvelle. L'on parle de conflit mobile uniquement du point de vue des associés car ces derniers perpétuent les engagements des sociétés dissoutes. En effet, la fusion internationale implique pour les associés non pas une « *dualité d'engagements mais un même engagement soumis à un conflit mobile* »⁵⁶⁸.

B/ Les conflits de lois relatifs aux conditions de la fusion internationale.

194. Des difficultés relatives aux conditions de la fusion internationale vont survenir en droit international privé si la société possède des biens à l'étranger ou si les sociétés impliquées dans l'opération de fusion entretiennent des relations d'affaires au niveau international. Il s'agit de déterminer quelle loi a vocation à s'appliquer et à régir le statut juridique du bien en cause ainsi qu'aux relations contractuelles de la société issue de la fusion. La première condition nécessaire à la validité d'une fusion internationale est que les législations concernées par le projet de fusion doivent reconnaître la ou les sociétés étrangères, soit par le biais du droit commun, soit au moyen du droit conventionnel. De plus, la fusion internationale est soumise à deux conditions cumulatives : d'une part, les sociétés participantes qui vont être dissoutes doivent recueillir le vote unanime de leurs associés ; d'autre part, les dirigeants sociaux doivent respecter de manière distributive et/ou cumulative les lois de chacune des sociétés participantes à l'opération de fusion, la plus sévère des lois nationales l'emportant⁵⁶⁹. Chaque société candidate à la fusion doit respecter les dispositions relatives aux fusions de sa propre législation mais seulement en ce qui la concerne. La société absorbante doit respecter les dispositions relatives au capital minimum mais pas celles concernant la dissolution des sociétés qui sont autant de dispositions devant être respectées par les sociétés absorbées. Il en est de même pour les règles relatives à l'augmentation de capital, celle-ci se réalise en application de la loi de la société absorbante. Les délibérations

⁵⁶⁸ M. Menjucq, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, thèse préc., n° 87, p. 60.

⁵⁶⁹ G. Beitzke, art. préc., *Rev. crit. DIP* 1967, p. 1.

des assemblées générales sont généralement soumises à des règles différentes selon les Etats, il en est ainsi pour les dispositions relatives aux conditions de majorité et de quorum pour obtenir l'accord en vue d'une éventuelle fusion internationale. Dans ce cas de figure, il faut nécessairement appliquer de manière distributive les lois nationales des sociétés participantes à l'opération de fusion. Toutefois, il existe des dissemblances s'agissant de l'absorption d'une société étrangère par une société française et de l'absorption d'une société française par une société étrangère⁵⁷⁰. En cas d'absorption d'une société étrangère par une société française, la fusion peut être votée aux conditions habituelles de quorum et de majorité par la société de droit français. Cependant, la règle de conflit de lois va obliger le juge français à prendre en considération les dispositions de la loi étrangère de la société absorbée, celle-ci peut très bien prévoir que la fusion est impossible en instaurant des conditions de vote plus restrictives. Un exemple concret est celui du projet de traité de fusion prévu dans les systèmes juridiques des Etats membres de l'Union européenne et institué par la troisième directive de coordination du droit des sociétés⁵⁷¹. Si deux ou plusieurs sociétés impliquées dans une fusion internationale relèvent du droit des Etats membres de l'Union européenne, elles doivent impérativement mettre en place un projet de traité de fusion. Toutefois, un auteur⁵⁷² constate à juste titre que l'application cumulative ou distributive des lois des sociétés souhaitant fusionner n'est pas suffisante. Tous les systèmes juridiques concernés par le projet de fusion internationale doivent reconnaître la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante. En pratique, les fusions internationales demeurent cependant assez exceptionnelles et ne concernent que des groupes à dimension internationale. En France, les fusions résultent essentiellement de l'absorption par les sociétés françaises de leurs filiales à 100 %. Dans cette situation particulière, l'exigence de l'unanimité des associés pour autoriser

⁵⁷⁰ La fusion transfrontalière était impossible dans certains Etats membres de l'Union européenne avant l'adoption de la Dixième directive n° 2005/56/CE sur les fusions transfrontalières : ce fut le cas pour la Belgique, les Pays-Bas, l'Irlande, l'Allemagne, la Grèce, l'Autriche, le Danemark, la Finlande et la Suède. V. sur ce point F. Blanquet, « Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés », *Rev. soc.* 2000, p. 115.

⁵⁷¹ Troisième directive n° 78/855 du 9 octobre 1978 sur les fusions de sociétés anonymes, *JOCE* n° L. 295, 20 octobre 1978, modifiée par la directive n° 2007/63 du 13 novembre 2007, en ce qui concerne l'indépendance de l'expert. Cette directive est l'une des plus complètes du droit de l'UE puisqu'elle va au-delà de l'harmonisation des législations nationales et instaure un véritable régime uniforme pour les fusions internes de sociétés de capitaux. Concernant la France, la directive ne s'applique qu'aux sociétés anonymes et non pas aux SAS.

⁵⁷² H. Synvet, *Rép. internat. Dalloz*, « Société », n° 136. Il suffit que les actifs de la société absorbée passent à la société absorbante par n'importe quel procédé juridique : la finalité est qu'il doit y avoir transmission universelle du patrimoine des sociétés absorbées à la société absorbante.

la fusion n'est plus requise. Un exemple célèbre est celui de la Barclays Bank PLC où la filiale française Barclays Bank SA a été absorbée, plus récemment le groupe GDF SUEZ a fusionné avec une société britannique⁵⁷³. L'application de la *lex societatis* de chaque société impliquée dans le projet de fusion s'explique par le fait qu'il s'agit avant tout d'organiser la nouvelle société créée mais aussi de protéger les créanciers et les associés⁵⁷⁴. Cet impératif de protection des créanciers implique le respect cumulatif des lois nationales en conflit lorsqu'il s'agit de préciser les effets du non-respect d'une règle formulée par une des lois en présence. Dans ce cas précis, il faut appliquer les lois les plus sévères. En cas de violation des droits des créanciers, si l'une des lois nationales des sociétés participantes prévoit que le non-respect des droits des créanciers est la nullité de la fusion, le juge est tenu de prononcer la nullité de la fusion internationale même si sa propre loi nationale ne prévoit pas une telle sanction⁵⁷⁵.

C/ Les conflits de lois relatifs aux effets de la fusion internationale.

195. La fusion internationale, couronnée de succès, va engendrer des conflits de lois s'agissant des droits des associés de la nouvelle société (1), de la protection des créanciers (2) et de la transmission universelle des biens des sociétés dissoutes (3).

⁵⁷³ JCP E 1993, I, 288, p. 492, obs. C. Gavalda et A. Viandier ; M. Menjucq, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, thèse préc. La fusion de la Barclays Bank SA avec sa société mère anglaise résulta d'une application distributive des lois française et anglaise et ne donna pas lieu à un échange de titres ni à une augmentation de capital. La procédure suivie par la filiale française est celle de l'article 1844-4, alinéa 1^{er} du Code civil et des articles 371 et suivants de la loi du 24 juillet 1966. En août 2010, GDF SUEZ a fusionné avec la société britannique International Power en vue de créer une nouvelle société baptisée New International Power. Le rapprochement proposé prend la forme d'un apport de GDF SUEZ Energie International à International Power, en échange d'actions International Power nouvellement émises, dont les actions sont admises à la cote officielle de la *Financial Services Authority* et cotées sur le principal marché du *London Stock Exchange*. Après finalisation du rapprochement, les actionnaires d'International Power et GDF SUEZ détiennent respectivement 30 et 70 % de New International Power. Les actionnaires d'International Power reçoivent également un dividende exceptionnel en numéraire de 92 pence par action. GDF SUEZ Energie International est transféré à International Power avec 4,4 Mds € (3,7Mds £) de dette financière nette (situation au 30 juin 2010). Protocole d'accord signé le 10 août 2010. Cf. http://www.gdfsuez.com/fr/actualites/communiqués-de-presse/communiqués-de-presse/?communiqué_id=1300.

⁵⁷⁴ G. Beitzke, art. préc., *Rev. crit. DIP* 1967, p. 8.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 9.

1. L'altération des droits des associés par l'opération de fusion.

196. Concernant les droits des associés, le principe est l'application distributive des lois nationales des sociétés participantes. La loi de la société absorbée est seule compétente pour déterminer les conditions et les modalités des droits des actionnaires des sociétés absorbées en matière de majorité et de quorum s'agissant du vote d'approbation de la fusion et sur l'éventuel droit de retrait. Ce principe de compétence exclusive de la *lex societatis* des sociétés absorbantes répond à un souci de protection des actionnaires qui pourraient voir leurs droits fortement atteints par l'opération de fusion avec une société étrangère dont la législation nationale peut être moins favorable et moins protectrice de leur statut personnel. L'application distributive des lois nationales des sociétés participantes à l'opération de fusion entraîne en contrepartie l'application exclusive de la loi de la société absorbante pour toutes les questions relatives au nombre d'administrateurs dans la nouvelle société, et pour la date à laquelle les titres des sociétés absorbées sont négociables⁵⁷⁶.

2. Les conséquences de la fusion internationale sur la protection des créanciers.

197. La validité de la fusion internationale dépend nécessairement du respect des droits des créanciers. Si l'une des lois nationales en conflit n'est pas respectée, l'opération de fusion peut être annulée si une telle sanction est prévue par l'une des lois des sociétés participantes. Ainsi, certaines législations reconnaissent aux créanciers un droit d'opposition à la fusion si une telle opération caractérise une volonté de fraude de la part des associés. La législation de l'une des sociétés absorbées peut également imposer que la société absorbante administre séparément le patrimoine de celle-ci jusqu'à ce que les créanciers soient indemnisés ou aient obtenu des garanties.

⁵⁷⁶ Loussouarn et Trochu, « Conflits de lois en matière de sociétés », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 546-30, n° 342.

3. Les conséquences de la fusion internationale en matière de transmission universelle du patrimoine de la société absorbée.

198. Il existe des différences sensibles entre les législations nationales. Les droits allemand et italien ont été les premiers à appréhender la question de la transmission universelle du patrimoine des sociétés absorbées⁵⁷⁷. D'après ces législations, la fusion entraîne automatiquement le transfert des créances des sociétés absorbées. Toutefois, les créanciers ont la possibilité de faire opposition et de réclamer certaines garanties en invoquant une éventuelle menace à leurs droits.

199. Le droit anglais⁵⁷⁸ fait une distinction selon que la fusion est amiable ou judiciaire. Dans la première hypothèse, les associés ont la possibilité d'exiger la reprise ou la liquidation de leurs droits, les limitations statutaires leur sont inopposables. Les créanciers peuvent solliciter le paiement de leurs créances dans le cadre d'une liquidation. En revanche, dans le cadre d'une intervention judiciaire, les juges peuvent très bien ordonner, sur requête de la société absorbée, le transfert de ses biens à la société absorbante, ainsi que la dissolution sans liquidation et la substitution de la société absorbante à la société absorbée dans ses droits et actions en cours.

200. En droit français, la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée est régie par l'article L. 236-14 du Code de commerce qui dispose que « *la société absorbante est débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée au lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution entraîne novation à leur égard (...)* ». La transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante ne produit d'effets que dans l'hypothèse où ce principe est reconnu par toutes les législations nationales des sociétés

⁵⁷⁷ Pour la loi allemande : AKTg 1937, § 233 et s. ; pour la loi italienne : article 2501 du *Code civile*.

⁵⁷⁸ Loi anglaise du 15 décembre 2007 transposant la dixième directive CE du 25 octobre 2005 sur les fusions intra UE : *The Companies (Cross-Border Mergers) Regulations 2007*, (laid before Parliament on the 16th October 2007), <http://www.opsi.gov.uk> (07 août 2009). Cette loi vient compléter la loi anglaise sur les sociétés commerciales de 2006. V. *Companies Act 2006* (n° 2006 c. 46), <http://www.opsi.gov.uk> (07 août 2009). Pour une étude approfondie de la loi anglaise sur les sociétés commerciales de 2006, v. K. Jestin, « La réforme du droit anglais des sociétés opérée par la Companies Act 2006 : analyse et perspectives », *Bull. Joly sociétés* août-septembre 2008, n° 8-9, p. 727, § 157.

participantes à l'opération de fusion. Si toutes les lois en présence reconnaissent le principe de transmission universelle du patrimoine de la société absorbée, il faut également que la *lex rei sitae* admette cette modalité⁵⁷⁹. Si les biens de la société se situent sur le territoire d'un Etat qui ne reconnaît pas la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée, la fusion ne peut pas se réaliser.

Conclusion :

201. Tout au long de nos développements, nous avons pu constater la place centrale et la compétence exclusive de la *lex societatis* pour régir le fonctionnement interne de la société mais aussi ses rapports avec les tiers. Toutefois, certaines limitations à la compétence de principe de la loi nationale de la société existent et sont matérialisées par l'application des lois de police et de sûreté dès que les principes fondamentaux du droit français sont susceptibles d'être heurtés par la mise en œuvre en France de la *lex societatis* de la société étrangère. C'est le cas pour les règles relatives au droit boursier ou au droit social. Le droit de l'UE joue également un rôle primordial en matière de limitations apportées à la compétence exclusive de la *lex societatis*. En effet, des réglementations⁵⁸⁰ ont été prises par les instances de l'Union européenne en vue d'harmoniser les règles en matière sociétaire des Etats membres de l'Union européenne. Le développement du droit de l'UE entraîne ainsi un bouleversement dans les solutions traditionnellement admises par certains Etats membres en matière de loi applicable aux sociétés étrangères, qu'il s'agisse de la reconnaissance desdites sociétés ou de la garantie effective de leur liberté à exercer une activité commerciale ou industrielle dans un autre Etat membre. En outre, nous verrons qu'en matière juridictionnelle des limites existent également de manière à assurer une égalité de traitement entre les sociétés nationales d'un Etat membre et les sociétés ressortissantes des autres Etats membres de l'Union européenne.

⁵⁷⁹ G. Beitzke, art. préc., p. 14 et s.

⁵⁸⁰ Le droit de l'UE des sociétés se construit progressivement par le biais des règlements et des directives du droit de l'UE. Son objectif est de rapprocher les législations des Etats membres de façon à renforcer l'intégration économique sur le territoire de l'Union européenne. Pour un exposé des directives adoptées en matière sociétaire : cf. C. Nourissat, *Droit communautaire des affaires*, 3^{ème} éd., collection Hyper Cours, Dalloz, Paris, 2010, 368 p., v. spéc. n° 199 et s., p. 150 et s.

CHAPITRE II : LES CONFLITS DE JURIDICTIONS EN MATIERE DE SOCIETES COMMERCIALES.

202. La détermination de la compétence judiciaire internationale doit être distinguée de la détermination de la loi applicable au fond du litige. Quel est le tribunal compétent pour connaître d'un litige international ? La question se pose dès qu'un différend comporte un élément d'extranéité : nationalité étrangère ou siège social situé à l'étranger de l'une des parties, localisation en territoire étranger du bien, de l'acte ou du fait litigieux. En droit international privé français, la détermination de la compétence juridictionnelle peut s'opérer en trois occasions distinctes :

- la demande est formée en France : la juridiction française va apprécier sa propre compétence, dans ce cas de figure l'on parle de compétence directe ;
- le litige a été porté initialement devant une juridiction étrangère dont le jugement est invoqué par la suite en France : pour recevoir force de chose jugée, le jugement étranger doit répondre à des conditions de régularité dont la compétence du tribunal qui a rendu ledit jugement. La compétence du juge étranger est appelé compétence indirecte. L'examen de la compétence de la juridiction étrangère a lieu au moment de la procédure d'exequatur ;
- une exception de litispendance ou de connexité est soulevée devant un juge français au cours d'une instance devant une juridiction française : cette exception n'est accueillie que si les deux juridictions sont compétentes. Le juge français vérifie sa compétence directe et la compétence indirecte de la juridiction étrangère.

En matière de conflit de juridictions⁵⁸¹, le siège social joue pour les sociétés le rôle assigné au

⁵⁸¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 230. G. Cornu définit le conflit de juridictions comme la « situation dans laquelle un litige, en raison des liens qu'il présente avec plusieurs Etats, pose la question, soit de la compétence des tribunaux d'un de ces Etats pour en connaître, soit des effets à reconnaître à une décision rendue par un tribunal étranger. Plus généralement, [il s'agit de la] contestation relative à la compétence d'une juridiction ou à l'efficacité d'une décision mettant en cause des ordres juridiques ayant leurs propres tribunaux ».

domicile des personnes physiques⁵⁸². Partant de ce principe, la société doit être assignée devant le tribunal du lieu de son siège social. Ce principe est posé par les articles 42, alinéa 1^{er} et 43 du Code de procédure civile⁵⁸³. Par conséquent, en application du principe d'extension à l'ordre international des règles internes de compétence⁵⁸⁴, les articles 42 et 43 du Code de procédure civile consacrent la compétence des juridictions françaises dès lors que la société défenderesse possède son siège social en France. Les conflits de juridiction trouvent leur source dans la mondialisation économique et le développement des échanges internationaux entre des sociétés relevant de législations différentes. L'objet de notre étude est de définir les contours de la compétence internationale des juridictions françaises et selon quels principes. En effet, le droit interne français se caractérise par une « *pauvreté* »⁵⁸⁵ des règles de compétence d'origine législative. Dans le Code civil, seulement deux dispositions renvoient à la compétence internationale des juridictions françaises, il s'agit des articles 14 et 15 du Code civil. Ces articles instituent un régime de compétence fondé sur la nationalité française et qui bénéficie au demandeur et au défendeur français. La doctrine parle de privilèges de juridiction mêmes si la jurisprudence récuse ce terme et préfère y voir une simple commodité de langage pour désigner un système mis en place par le droit commun⁵⁸⁶. Ce régime basé sur la nationalité française a vu son domaine d'application fortement restreint par le droit de l'Union européenne puisque toute discrimination fondée sur la nationalité est prohibée par les textes du droit de l'UE. Par conséquent, le régime institué par les articles 14 et 15 du Code civil n'est désormais concevable et applicable que lorsque le litige porte sur une relation de droit ou de fait tiers à l'Union européenne.

⁵⁸² H. Synvet, *Rép. internat. Dalloz*, « Société », n° 214 et s.

⁵⁸³ Art. 42, alinéa 1^{er} CPC : « la juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur ». Art. 43 CPC : « Le lieu où demeure le défendeur s'entend : – s'il s'agit d'une personne physique, du lieu où celle-ci a son domicile, ou, à défaut, sa résidence, – s'il s'agit d'une personne morale, du lieu où celle-ci est établie ».

⁵⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ., 13 janvier 1981, *Bull. civ. I*, n° 11 ; *Rev. crit. DIP* 1981, p. 331, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1981, p. 360, note A. Huet.

⁵⁸⁵ F. Mélin, *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Mémento LMD, Gualino, Paris, 2008, v. p. 35 et s.

⁵⁸⁶ C.A. Paris, 22^{ème} chambre, 12 décembre 1967, *JDI* 1967, p. 921, note Ph. Kahn ; *Rev. crit. DIP* 1968, p. 503, note Y. Loussouarn. En l'espèce, les juges affirmèrent que « l'expression « *privilège de juridiction* » par laquelle est désignée la règle de compétence de l'article 14 n'est qu'une commodité de langage sans fondement objectif ». Les règles posées par les articles 14 et 15 du Code civil ne seraient en aucune façon des privilèges mais simplement l'expression du régime de droit commun.

Nous exposerons tout d'abord les règles de compétence juridictionnelle internationale en matière de sociétés commerciales (section I), puis dans un deuxième temps nous verrons quelles sont les règles applicables en matière d'exécution des jugements étrangers (section II). Enfin, nous analyserons le droit de l'UE qui élabore, par le biais de règles matérielles contenues dans certains règlements, des règles communes à l'ensemble des Etats membres en matière de conflits de juridictions (section III).

Section I : Les règles de compétence juridictionnelle en matière de sociétés commerciales.

203. En matière de compétence territoriale, les règles ordinaires de compétence territoriale s'appliquent aux sociétés au regard de la définition du siège social retenu par l'Etat dont la compétence juridictionnelle est invoquée ou, au contraire, combattue. Il existe en droit interne français un système de droit commun (§ 1), mais également des règles de compétence spéciales (§ 2).

§ 1. Les règles ordinaires de compétence juridictionnelle internationale.

204. En droit français, le principe est celui de la compétence du tribunal du siège social de la société défenderesse et ce, en application du principe *actor sequitur forum rei* (A). Toutefois, ce principe n'est pas propre aux sociétés commerciales, il rejoint la compétence du juge français fondée sur le droit commun des conflits de juridictions (B).

A/ La compétence de principe du tribunal du siège social de la société défenderesse : la règle *actor sequitur forum rei* des articles 42 et 43 du Code de procédure civile.

205. Les articles 42 et 43 du Code de procédure civile (CPC) constituent le socle de la compétence internationale directe du juge français dès lors que le litige présente un lien de

rattachement avec la France, cette solution a été consacrée par la Cour de cassation dans les affaires « *Pelassa* »⁵⁸⁷ et « *Scheffel* »⁵⁸⁸. À la lecture des articles 42 et 43 du CPC, « *la juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur (...), s'il s'agit d'une personne morale, du lieu où celle-ci est établie* ». L'article 42 du CPC pose le principe de base de la compétence juridictionnelle des juges français, à savoir la compétence de la juridiction du défendeur. L'article 43 du CPC, quant à lui, établit le critère de compétence selon que les juges sont en présence d'une personne physique ou d'une personne morale. S'agissant des personnes physiques, le critère de compétence est le domicile ; pour les personnes morales, il s'agit du lieu où celles-ci sont établies. Par conséquent, la localisation du siège social va déterminer le juge compétent à connaître du litige. Si le siège social se situe en France, le juge français est compétent. Cette disposition peut également militer en faveur du siège statutaire puisqu'il n'est pas précisé que les juges doivent se référer au siège réel, il existe donc une présomption simple en faveur du siège statutaire en matière de compétence juridictionnelle. D'après la Cour de cassation, le tribunal du lieu où la société est établie est, par principe, celui du siège social⁵⁸⁹. La présence sur le sol français du siège social de la société défenderesse va mettre en action une règle de compétence ordinaire. Dans ce cas précis, la recherche d'un éventuel privilège de juridiction est inutile puisqu'il s'agit uniquement d'une compétence subsidiaire qui n'est aucunement d'ordre public étant donné qu'il est possible d'y renoncer par une clause contractuelle ou un avenant à un contrat⁵⁹⁰. Les articles 14 et 15 du Code civil sont une possibilité offerte aux ressortissants français d'invoquer la compétence des juridictions françaises même si le litige ne présente aucun élément de rattachement avec la France. Appliqué en droit international, ce principe de la compétence du juge français sur la base de la localisation du siège social en France va avoir une double conséquence. D'une part, si le siège social se situe en France, les tribunaux français sont compétents pour connaître de toutes les actions concernant la société en cause. D'autre part, si le siège social est fixé à l'étranger, les juridictions françaises sont

⁵⁸⁷ Cass. civ., 19 octobre 1959, *D.* 1960, p. 37, note G. Holleaux ; *Rev. crit. DIP* 1960, p. 215, note Y. Loussouarn.

⁵⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère} sect., 30 octobre 1962, *Grands arrêts, op. cit.*, n° 37 ; *Rev. crit. DIP* 1963, p. 387, note Francescakis ; *D.* 1963, p. 109, note G. Holleaux.

⁵⁸⁹ Cass. com., 12 décembre 1972, *Bull. civ.* IV, n° 331.

⁵⁹⁰ En ce sens : H. Synvet, *Rép. internat. Dalloz*, « Société », n° 216.

nécessairement incompétentes. Toutefois, l'application de ce principe est nuancée par la localisation fictive ou frauduleuse du siège social à l'étranger⁵⁹¹.

B/ Le principe de la compétence directe internationale : les arrêts « Scheffel » et « Pelassa » de la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation.

206. Dans l'arrêt « Pelassa »⁵⁹² du 19 octobre 1959, la chambre civile de la Cour de cassation posa le « *principe qui étend à l'ordre international les règles internes de compétence* ». Rendu quelques années plus tard, l'arrêt « Scheffel »⁵⁹³ précisa la solution instaurée par l'arrêt « Pelassa » en retenant que « *la compétence internationale se détermine*

⁵⁹¹ Dans un arrêt du 15 mars 2011 (JCP E, n° 42, 20 oct. 2011, chron. Droit économique § 1745, pp. 26-27, M. Menjucq), la Cour de cassation applique, pour la première fois, l'article 22-2 du règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000, dit Bruxelles I (J.O. 2001 L 12, p. 1), qui institue une compétence exclusive au profit de la juridiction du lieu du siège social. Le problème de droit était de déterminer si cet article était applicable à un litige portant sur la validité d'un contrat conclu entre deux sociétés. En l'espèce, une SA française – la société Qualigram – avait conclu un contrat de cession de ses droits de propriété sur sa marque pour le Canada et les Etats-Unis à la société Qualigram Software dont le siège social se situe au Canada. Cependant, la société française assigna devant le juge français la société canadienne aux fins d'annuler le contrat de cession au motif que cette décision n'a pas été approuvée par son conseil d'administration. Pour la société française, le juge français est seul compétent en vertu de l'article 22-2 du règlement Bruxelles I puisqu'il s'agissait de la validité d'une décision de l'un de ses organes de direction. La demande de la société fut rejetée en première instance mais accueillie par la Cour d'appel de Lyon. Les juges considérèrent que le règlement Bruxelles I n'était pas applicable à la société qui ne possédait pas son siège social dans l'espace de l'UE. C'est pourquoi ils appliquèrent les solutions traditionnelles du droit français en matière de compétence juridictionnelle : l'article 42 du CPC donnant compétence aux juridictions de l'Etat du domicile du défendeur sont applicables. La Cour de cassation censura l'arrêt de la Cour d'appel au motif que les dispositions du règlement Bruxelles I, donnant compétence exclusive aux juridictions de l'Etat membre du siège social, sont applicables dès lors que le litige touche la validité, la nullité ou la dissolution d'une société ayant son siège social sur le territoire de l'Union européenne. À ce titre, la société Qualigram dont le siège social se situe en France peut valablement revendiquer la compétence du juge français. Toutefois, cet arrêt de la Cour de cassation est contraire à la jurisprudence de la CJUE. Dans un arrêt « Hassett et Doherty » (2 oct. 2008, aff. C-372/07), la CJUE pose comme principe une interprétation restrictive de l'article 22-2 du règlement Bruxelles I afin de limiter les atteintes au principe de la compétence du domicile du défendeur (point 18). Ainsi, la Cour de cassation n'aurait pas dû retenir la compétence du juge français en l'espèce d'autant plus qu'une décision de la CJUE du 12 mai 2011 (aff. C-144/10) contredit directement l'arrêt de la Cour de cassation. Dans cet arrêt, la CJUE décide « *qu'une interprétation large de l'article 22, point 2, du règlement n° 44/2001, en vertu de laquelle il s'appliquerait à tout litige dans lequel une question concernant la validité d'une décision serait soulevée, étendrait de cette disposition au-delà de ce que requièrent les objectifs poursuivis par cette dernière* » (point 49). Par conséquent, la jurisprudence de la Cour de cassation faisant une interprétation large de l'article 22-2 du règlement Bruxelles I en vue de retenir la compétence du juge français est contraire à la jurisprudence de l'Union européenne.

⁵⁹² Arrêt préc.

⁵⁹³ Arrêt préc.

par extension des règles de compétence territoriale interne ». En l'espèce, la Cour de cassation décida que l'extranéité des parties n'est pas une cause d'incompétence des juridictions françaises dont la compétence internationale se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne. Depuis les arrêts « *Pelassa* » et « *Scheffel* », la jurisprudence retient les critères qui sont utilisés pour déterminer la compétence territoriale interne. Si le litige présente des liens qui permettent d'attribuer compétence à une juridiction française, alors les juges français peuvent connaître de ce litige. En droit interne, les règles de compétence territoriale ont pour objet d'assurer une bonne administration de la justice. La transposition des règles internes en droit international émane de la même volonté. Toutefois, le principe qui transpose les règles de compétence interne à l'ordre international subit quelques aménagements, l'un d'entre eux est d'éviter que le requérant puisse choisir le tribunal qui tranchera le litige. La Cour de cassation a en effet pris garde à éviter tout risque de *forum shopping*. Les tribunaux français sont compétents sur le plan international dès que l'élément de rattachement utilisé par une règle de compétence territoriale interne est réalisé en France. L'article 42 du CPC donne compétence en matière interne à la juridiction du lieu où demeure le défendeur.

§ 2. Les privilèges de juridiction prévus par les articles 14 et 15 du Code civil.

207. Ces deux dispositions sont les seules règles législatives relatives à la compétence internationale des juridictions françaises. Elles prévoient un privilège de juridiction, fondé sur la nationalité française, qui bénéficie au demandeur et au défendeur français. Face à la faiblesse des dispositions légales, trois problèmes se présentaient en pratique :

- tout d'abord, il fallait déterminer le champ d'application des articles 14 et 15 du Code civil ;
- ensuite, il revenait à la jurisprudence de fixer le régime juridique applicable en dehors des hypothèses des articles 14 et 15 du Code civil ;
- enfin, il fallait clarifier la situation des étrangers.

Traditionnellement, la jurisprudence française accordait une très large portée aux articles 14 et 15 du Code civil, en particulier à l'article 15 qui permettait au défendeur français d'invoquer la compétence du juge français dans un litige l'opposant à un étranger et ce même dans l'hypothèse où le litige en question ne présentait aucun lien de rattachement avec le territoire français. Cette position très favorable des juges français fut très critiquée à l'étranger. C'est pourquoi très logiquement, la Cour de cassation limita la portée de ces dispositions dans l'arrêt « *Société Cognac et Brandies* » de la première chambre civile du 19 novembre 1985⁵⁹⁴. En l'espèce, la Cour de cassation décida que l'article 14 du Code civil qui donne compétence à la juridiction française, en raison de la nationalité française du demandeur, n'a lieu de s'appliquer que lorsqu'aucun critère ordinaire de compétence territoriale n'est réalisé en France. Depuis cet arrêt de principe, les articles 14 et 15 du Code civil n'ont qu'un caractère subsidiaire. Dès lors que le juge français est en présence d'un litige international, il doit nécessairement rechercher si la compétence des juridictions françaises peut être retenue sur la base des règles internes de compétence interne, à supposer qu'aucune convention internationale ou règlement du droit de l'UE ne soit applicable.

Nous exposerons tout d'abord les conditions d'application des articles 14 et 15 du Code civil aux sociétés commerciales (A), puis dans un deuxième temps nous verrons que la jurisprudence française opéra un revirement de jurisprudence concernant la portée et l'applicabilité des articles 14 et 15 du Code civil (B). Enfin, dans un dernier point, nous nous interrogerons sur la possibilité pour le juge français d'appliquer d'office les articles 14 et 15 du Code civil (C).

⁵⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 19 novembre 1985, « *Société Cognac et Brandies* », B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts*, op. cit., n° 71 ; *Rev. crit. DIP* 1986, p. 712, note Y. Lequette ; *Clunet* 1986, p. 719, note A. Huet ; *D.* 1986, p. 362, note Prévaut ; *D.* 1986, somm. com., p. 268, obs. B. Audit ; *JCP* 1987, II, 20810, note P. Courbe.

A/ Les conditions d'application des articles 14 et 15 du Code civil aux sociétés commerciales.

208. La nationalité française du demandeur ou du défendeur est la condition d'application des articles 14 et 15 du Code civil. En matière de sociétés commerciales, la détermination de la nationalité n'est pas aussi simple et évidente que pour les personnes physiques. D'après la jurisprudence française, le critère du siège statutaire est *a priori* le critère de principe du rattachement juridique des sociétés. Le siège réel n'intervient qu'en cas de fraude des associés ou de siège fictif. La question qui se pose pour les sociétés commerciales est de déterminer si l'application de ces dispositions requiert cette seule référence au siège social localisé en France, ou bien si l'on doit également admettre les sociétés sous contrôle français à invoquer ces dispositions. Dans la seconde hypothèse, des sociétés étrangères mais dirigées par des ressortissants français seraient admises à invoquer les articles 14 et 15 du Code civil. Finalement, la jurisprudence a préféré opter pour le critère du siège social, tout comme pour la détermination de la loi applicable aux sociétés commerciales⁵⁹⁵. La jurisprudence a eu à se prononcer sur l'hypothèse d'une société étrangère contrôlée par des Français invoquant le bénéfice des articles 14 et 15 du Code civil⁵⁹⁶. Concernant la nationalité des sociétés commerciales, celle-ci est à rechercher chez la société elle-même et non pas auprès de ses représentants. Dans l'hypothèse d'un transfert de siège social, celui-ci est admis s'il n'est pas frauduleux. Si la société avait l'intention de porter atteinte aux droits des créanciers ou d'éventuels cocontractants, le transfert est déclaré nul et inopposable aux tiers. Mais dans le cas de figure d'un transfert de siège social non frauduleux, celui-ci n'est opposable aux tiers que s'il a été publié⁵⁹⁷. Les articles 14 et 15 du Code civil se contentent de conférer une compétence générale aux juridictions françaises, ils ne précisent pas quel est le tribunal spécialement compétent. Pour pallier à l'absence des règles écrites en la matière, la jurisprudence a transposé les règles de la compétence territoriale interne toutes les fois où cela

⁵⁹⁵ Cass. ass. plé., 21 déc. 1990, arrêt préc. Cf. également Delaume, « Les conflits de juridictions en matière de sociétés », *JCP* 1950, I, 849.

⁵⁹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 19 nov. 1985, *Bull. civ.* I, n° 306, p. 271 ; D. 7 août 1986, n° 28, note J. Prévault ; *JCP G* 1987, n° 20810, note P. Courbe ; *Rev. crit. DIP* 1986 p. 713, note Y. Lequette.

⁵⁹⁷ G. Ripert, R. Roblot (actualisé par M. Germain), *Traité de droit commercial, op. cit.*, n° 1114.

était possible. En règle générale, la jurisprudence française admet que le demandeur français saisisse le tribunal de son domicile ou de son siège social ou même tout autre tribunal français, à l'exception cependant que le choix ainsi effectué ne prive pas ou ne rende extrêmement difficile la défense de son adversaire⁵⁹⁸.

B/ Le revirement de jurisprudence s'agissant de l'applicabilité des articles 14 et 15 du Code civil à tout litige international impliquant une société française : la fin de la compétence exclusive des juridictions françaises.

209. Depuis l'arrêt « *Société Cognacs et Brandies* » de la première chambre civile de la Cour de cassation du 19 novembre 1985⁵⁹⁹, les articles 14 et 15 du Code civil ont vu leur domaine d'application se restreindre de façon considérable, ils ne s'appliquent que si aucun critère ordinaire de compétence territoriale n'est réalisé en France. Par conséquent, ces articles n'ont plus qu'un rôle subsidiaire. La jurisprudence opéra une nouvelle interprétation de l'article 15 du Code civil dans l'arrêt « *Prieur* » de la première chambre civile de la Cour de cassation du 23 mai 2006⁶⁰⁰. L'article 15 du Code civil cesse *a priori* de « *faire des ravages dans les relations internationales* »⁶⁰¹. Néanmoins, cet arrêt de la Cour de cassation n'abroge pas l'article 15 du Code civil, il lui laisse sa fonction de compétence directe et ne concerne désormais que la régularité au regard de l'ordre juridique français des décisions émanant de juridictions étrangères. Un Français peut toujours être traduit devant une juridiction française même pour des obligations contractées avec un étranger, à l'étranger de surcroît. L'opportunité d'un *for* français est toujours possible – même s'il n'est pas justifié par les principes généraux de la compétence internationale – dans tous les cas de figure où le droit

⁵⁹⁸ Cass. civ., 5 février 1961, *JDI* 1962, p. 178 ; *Rev. crit. DIP* 1962, p. 743.

⁵⁹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 19 novembre 1985, arrêt préc.

⁶⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., « *Prieur* », 23 mai 2006, *D.* 2006, p. 1846, chron. B. Audit et p. 1880. Dans le même sens, cf. Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2007, *D.* 2007, p. 1596. En l'espèce, la Haute juridiction décida que « *l'article 15 du Code civil ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française impropre à exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger, dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'Etat dont la juridiction est saisie et que le choix de la juridiction n'est pas frauduleux* ».

⁶⁰¹ A. Huet, note sous C.A. Paris, 15 janvier 1973, « *Missouri* », *Rev. crit. DIP* 1973, n° 721, p. 725.

conventionnel ou de l'UE ne s'applique pas⁶⁰². La seule réserve apportée par la Cour de cassation est que le *for* exorbitant du droit commun perd son caractère exclusif, ce qui avait pour conséquence que la compétence étrangère était systématiquement écartée par le juge français. Dorénavant, si la juridiction étrangère est régulièrement compétente, la décision émanant de cette juridiction n'est pas privée d'effet en France en raison du fait que l'article 15 du Code civil a perdu cette compétence exclusive. Par conséquent, si dans un litige international le défendeur est français, les tribunaux français n'ont plus une compétence exclusive pour connaître du litige. En cas de litige international, ou plus exactement extra UE, les juridictions françaises n'ont qu'une compétence facultative. Si le demandeur saisit un tribunal étranger, le jugement étranger peut obtenir l'*exequatur* en France car l'article 15 du Code civil n'exclut plus la compétence indirecte des tribunaux étrangers. La compétence attribuée aux instances françaises sur le fondement de l'article 15 du Code civil est écartée seulement si deux conditions cumulatives sont réunies :

- tout d'abord, le litige doit se rattacher de manière caractérisée à l'Etat dont la juridiction est saisie ;
- ensuite, le choix de la juridiction ne doit pas être frauduleux.

210. Le domaine d'application traditionnelle de l'article 14 du Code civil a également fait l'objet d'un revirement de jurisprudence. Cet article prévoit que le demandeur français peut saisir un tribunal français en raison de sa nationalité française, même si le litige n'entretient aucun lien avec la France si ce n'est la nationalité française. Dans un arrêt du 22 mai 2007⁶⁰³, la première chambre civile de la Cour de cassation décida que « *l'article 14 du Code civil n'ouvre au demandeur français qu'une simple faculté et n'édicte pas à son profit une compétence impérative, exclusive de la compétence indirecte d'un tribunal étranger déjà saisi et dont le choix n'est pas frauduleux* ». Cette solution s'inscrit dans la droite ligne de l'arrêt « *Prieur* » qui avait limité le champ d'application de l'article 15 du Code civil pour ne lui

⁶⁰² B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, op. cit., n° 87, § 1, p. 756.

⁶⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2007, « *Banque de développement local c/ Société Fercométal* », *JDI* 2007, p. 956, note B. Ancel et H. Muir Watt.

attribuer qu'une compétence facultative. Il en est de même pour l'article 14 dans la mesure où il ne donne qu'une simple faculté aux Français de saisir les juridictions françaises, la compétence n'a donc pas pour les juges français un caractère impératif. Si le litige ne présente pas suffisamment d'éléments de rattachement avec la France, les juges français peuvent parfaitement se déclarer incompétents.

C/ Le juge français peut-il appliquer d'office les articles 14 et 15 du Code civil ?

211. Le juge français peut-il relever d'office sa compétence sur le fondement des articles 14 et 15 du Code civil alors que les parties ne l'ont pas fait ? Dans un premier temps, la Cour de cassation nia au juge français le pouvoir de relever d'office l'applicabilité des articles 14 et 15 du Code civil. D'après la Cour de cassation, autoriser une telle lecture de l'article 14 du Code civil revenait à violer cette règle dans la mesure où cette faculté n'appartenait qu'au demandeur et non au juge. Il ne s'agit pas là d'une règle impérative de compétence mais seulement d'une option, d'un privilège basé uniquement sur la nationalité et à la totale discrétion du demandeur français⁶⁰⁴. Le seul fait pour le demandeur français de ne pas avoir invoqué de manière expresse le privilège de l'article 14 du Code civil prive le juge français de la possibilité de fonder d'office sa compétence sur ce texte. Cette position de la Cour de cassation prenait ainsi le contrepied de la jurisprudence généralement admise en matière d'*exequatur* des décisions étrangères. Dans cette hypothèse, le juge français peut opposer d'office les articles 14 et 15 du Code civil pour conclure à l'incompétence du juge étranger lorsqu'elle n'est pas invoquée par les parties. La solution va dépendre du comportement du plaideur français qui a ou non renoncé aux privilèges de juridictions des articles 14 et 15. Il en est de même de l'article 15 du Code civil qui n'est pas applicable d'office par le juge français. Toutefois, la Cour de cassation effectua un revirement de jurisprudence le 16 avril 1985⁶⁰⁵

⁶⁰⁴ C.A. Paris, 21 septembre 1995, *D.* 1996, somm., p. 168, obs. B. Audit.

⁶⁰⁵ Cass. 1^{ère} civ., 16 avril 1985, *D.* 1985, inf. rap., p. 496, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1987, p. 584, note G. Khairallah. Ce revirement de jurisprudence trouva l'adhésion de MM. Cadiet et Jeuland (*Droit judiciaire privé*, 7^{ème} éd., Litec, Paris, 2011, 837 p.) pour qui la nature de la règle de compétence n'a pas d'importance : « *qu'elle soit d'ordre public ou non, interne ou internationale* », ces auteurs relèvent que celle-ci doit être relevée d'office par le juge français dans la mesure où celle-ci est une règle de compétence. Pour appuyer la solution de la Cour

avant de revenir à la solution antérieure excluant toute possibilité pour le juge français de relever d'office l'applicabilité des articles 14 et 15 du Code civil⁶⁰⁶. Assez brièvement, la jurisprudence admit que le juge français pouvait relever d'office l'applicabilité des articles 14 et 15 du Code civil en cas de silence des parties. Cette parenthèse dans une jurisprudence – jugée pernicieuse – fit l'objet de l'approbation d'éminents auteurs⁶⁰⁷ pour qui le juge français doit être en mesure de relever d'office l'applicabilité des articles 14 et 15 du Code civil. Cette solution exorbitante du droit commun ne s'explique pas par le caractère facultatif des règles concernées. La protection des plaideurs français ne devrait pas être assurée par les juges français puisqu'il s'agit là d'une possibilité offerte aux plaignants Français, celle-ci devrait par conséquent rester à leur entière discrétion. Il ne semble pas judicieux que le juge puisse relever d'office l'application des articles 14 et 15 du Code surtout en présence de sociétés commerciales exerçant une activité internationale, celles-ci disposant vraisemblablement des moyens financiers et humains pour se renseigner sur les règles de droit applicable. En outre, eu égard aux principes du droit de l'Union européenne de traitement national et de non discrimination, une telle dérogation donnant compétence au juge français est contraire au droit de l'Union européenne.

Section II : Les critères de détermination de la nationalité des sociétés retenus par les juges en matière juridictionnelle.

212. La compétence des juridictions françaises repose sur la nationalité française de l'une des parties. Toutefois, en matière de compétence juridictionnelle, il est nécessaire de préciser les contours de la nationalité des sociétés impliquées dans un litige international. La

de cassation de 1985 autorisant le juge français à relever d'office les privilèges de juridiction, l'auteur cite les termes de l'article 12 du Code de procédure civile qui dispose que « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». Ainsi, le juge français doit pouvoir appliquer d'office la règle qui lui permet de fonder sa compétence.

⁶⁰⁶ Cass. civ., 26 mai 1999, *Bull. civ. I*, n° 171, p. 113 ; *D.* 1999, inf. rap., p. 162. D'après cet arrêt, il appartient au titulaire de la faculté de renonciation aux privilèges de juridiction de réclamer expressément l'application du privilège de juridiction pour que le juge français puisse se fonder sur ce texte pour se déclarer compétent.

⁶⁰⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 466, pp. 645-646.

jurisprudence française ainsi que la doctrine admettent que les sociétés françaises puissent se prévaloir des privilèges de juridiction institués par les articles 14 et 15 du Code civil. La compétence internationale des juridictions françaises est fondée, non pas sur les droits nés du litige, mais sur la nationalité française des parties⁶⁰⁸. Ce principe de l'assimilation des personnes morales aux personnes physiques pour le bénéfice des privilèges de juridiction des articles 14 et 15 du Code civil va entraîner deux conséquences importantes. Tout d'abord, si la société française vient à transférer son siège social à l'étranger, le rattachement à un ordre juridique donné se fait au jour de l'introduction de l'action en justice ; ensuite, en cas de transmission d'un droit, la seule nationalité à prendre en compte est celle de l'ayant cause à titre universel ou particulier⁶⁰⁹. Toute société française peut attirer devant les juridictions françaises une société étrangère.

L'application des articles 14 et 15 du Code civil aux sociétés françaises impose de définir la nationalité requise par ces articles pour être invocables devant les juridictions françaises (§ 1), ensuite la juridiction saisie doit déterminer la nationalité de la société demandant l'application de ces privilèges de juridiction (§ 2).

§ 1. Définition de la nationalité visée par les articles 14 et 15 du Code civil.

213. La question a été débattue par la doctrine pour déterminer le critère de rattachement à utiliser pour l'applicabilité des privilèges de juridiction des articles 14 et 15 du Code civil. Doit-on utiliser le critère du contrôle ou celui du siège social pour déterminer la nationalité de la société invoquant l'un des privilèges de juridiction prévus par les articles 14 et 15 du Code civil ? Si l'on se réfère aux personnes physiques, le domicile en France n'est pas nécessaire pour déclencher la compétence des juridictions françaises. S'agissant des sociétés, l'application de ce principe n'est pas possible puisqu'il faut nécessairement que la société

⁶⁰⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 1966, *Rev. crit. DIP* 1966, p. 670, note Ponsard ; *D.* 1966, p. 429, note Malaurie. Pour la doctrine : P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé, op. cit.*, n° 291, p. 212 ; Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé, op. cit.*, n° 463.

⁶⁰⁹ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*

possède son siège social en France pour être rattachée à l'ordre juridique français. Si une société possède son siège réel à l'étranger, elle ne peut pas prétendre à bénéficier de la nationalité française et incidemment des privilèges de juridiction. Les partisans du contrôle considèrent que les articles 14 et 15 du Code civil sont en réalité des droits dont la jouissance doit être réservée aux seules sociétés françaises. La prise en considération du seul siège social serait insuffisante pour déterminer la nationalité de la société et percer le voile social. Une société de droit français mais contrôlée majoritairement ou en totalité par des étrangers ne pourrait pas bénéficier de ces privilèges de juridiction. En revanche, les tenants d'une application du siège social font valoir que seul ce critère doit s'appliquer pour l'application des articles 14 et 15 du Code civil. Aucun texte ne prévoit l'application du contrôle pour déterminer le rattachement juridique d'une société invoquant l'un des deux privilèges de juridiction, par conséquent le juge doit appliquer le critère du siège social⁶¹⁰. Cette solution a le mérite d'instaurer un régime unique pour la détermination de la nationalité des sociétés. Il serait peu judicieux que la nationalité des sociétés soit déterminée selon des critères différents s'agissant de la recherche de la loi applicable et de l'applicabilité des privilèges de juridiction des articles 14 et 15 du Code civil.

§ 2. La détermination de la nationalité exigée par les articles 14 et 15 du Code civil.

214. Le principe posé par la jurisprudence française est que la nationalité française de la société invoquant l'un des privilèges de juridiction doit être appréciée au jour de l'introduction de la demande devant le juge français, le juge ne doit pas prendre en considération la nationalité du dirigeant social mais celle de la société⁶¹¹. Dans l'hypothèse d'un transfert de siège social par une société étrangère vers la France, la société peut se prévaloir de l'un des privilèges de juridiction si l'action en justice est introduite après le

⁶¹⁰ Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé, op. cit.*, n° 463. Le critère du siège statutaire comme critère de principe de détermination de la nationalité des sociétés a été rappelé dans l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 21 décembre 1990, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 70, note Duranton ; *D.* 1991, p. 305, concl. Dontenwille.

⁶¹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 1966, *D.* 1966, p. 429, note Malaurie ; *Rev. crit. DIP* 1966, p. 670, note Ponsard.

transfert du siège. Inversement, si une société française effectue un transfert de son siège social vers l'étranger, elle ne peut pas revendiquer l'application des articles 14 et 15 du Code civil même si le fait litigieux s'est produit en France. Cette solution s'explique en raison d'un principe de procédure civile qui fige la situation des parties à l'ouverture de l'instance. Le transfert de siège social a des conséquences sur la compétence territoriale, le critère pour la détermination de la compétence territoriale est celui du siège social de la société ou de l'un de ses établissements. Par conséquent, en cas de transfert de siège social, la compétence territoriale est amenée à changer également. Les juridictions du nouveau siège social sont compétentes si le transfert a fait l'objet de toutes les mesures de publicité nécessaires à l'égard des tiers et s'il n'est pas fictif et/ou frauduleux⁶¹². Si les formalités de publicité n'ont pas été respectées, le transfert de siège social décidé par l'assemblée générale extraordinaire est inopposable aux tiers même s'il n'est pas fictif. Par conséquent, la juridiction compétente est celle du lieu où la société possédait son siège social avant le transfert devenu inopposable. Cependant, le droit de l'Union européenne est venu limiter le champ d'application des articles 14 et 15 du Code civil en se fondant sur le principe de non-discrimination en raison de la nationalité des plaignants. L'émergence des règles du droit de l'UE peut-elle marquer la fin d'un obstacle à l'efficacité des décisions étrangères mettant en cause une société française ? Le rattachement à la loi française peut-il toujours justifier la compétence exclusive des juridictions françaises ?

Nous assistons à une européanisation du droit international privé des Etats membres de l'Union européenne dont le principal objectif est de rapprocher le droit des Etats membres en matière de reconnaissance des décisions de justice. Toutefois, l'objet n'est de notre étude n'est pas de dresser une liste exhaustive de ces règles mais d'examiner celles qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur la nationalité des sociétés.

⁶¹² G. Ripert et R. Roblot (actualisé par M. Germain), *Traité de droit commercial*, op. cit., n° 1144.

Section III : L'eupéanisation du droit international privé français : les conséquences en matière de compétence juridictionnelle.

215. La distinction, fondée sur la nationalité, opérée par les articles 14 et 15 du Code civil constitue-t-elle une discrimination au sens du droit de l'Union européenne ? Nous verrons que le domaine d'application des articles 14 et 15 du Code civil a été limité par la jurisprudence française (§ 1) mais également en parallèle par le droit de l'UE (§ 2).

§ 1. La limitation du domaine d'application des articles 14 et 15 du Code civil par la jurisprudence française.

216. Le recul du champ d'application des articles 14 et 15 du Code civil a tout d'abord été amorcé, en droit interne français, dès 1985 par l'arrêt « *Société Cognacs and Brandies from France* »⁶¹³ dans lequel la Cour de cassation a affirmé le caractère subsidiaire des règles de compétence juridictionnelle fondées exclusivement sur la nationalité française. Depuis 1985, les plaideurs de nationalité française ne peuvent saisir les juridictions françaises sur le fondement de ce régime exorbitant du droit commun que si ces mêmes juridictions ne sont pas compétentes en application du régime commun de compétence juridictionnelle. Il est vrai que ces dispositions ont toujours été très vivement critiquées par la doctrine française en raison du relent de nationalisme qu'elles incarnent et de la mise à l'écart des juridictions étrangères normalement compétentes⁶¹⁴. Depuis 2006⁶¹⁵, l'article 15 du Code civil ne revêt plus qu'une compétence facultative des juridictions françaises et ne concerne plus que la régularité au regard de l'ordre public français des décisions étrangères. Cet article n'exclut plus la compétence indirecte des juridictions étrangères, sauf si le litige ne se rattache pas à l'Etat dont la juridiction est saisie ; le choix de la juridiction ne doit toutefois pas être frauduleux.

⁶¹³ Cass. civ. 1^{ère}, 19 novembre 1985, arrêt préc.

⁶¹⁴ H. Gaudemet-Tallon, « Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau ? », *Trav. Comité fr. DIP*, 1987-1988, séance du 27 janvier 1988, p. 170 et s.

⁶¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, « *Prieur* », 23 mai 2006, *D.* 2006, p. 1846, chron., B. Audit, p. 1880. Dans le même sens, cf. Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, *D.* 2007, p. 1596.

Par ailleurs, les articles 14 et 15 du Code civil, permettant la saisine des juridictions françaises alors qu'aucun critère de compétence territoriale n'est réalisé en France, sont contraires à l'article 6 § 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁶¹⁶. Cette compétence des juridictions françaises basée sur la seule nationalité de l'une des parties au litige ne peut pas être légitimement retenue comme un critère objectif de compétence des juridictions françaises. Ce revirement de la jurisprudence française est conforme au droit de l'UE qui interdit toute distinction entre les Français et les ressortissants des autres Etats membres de l'Union européenne.

§ 2. Le rejet des articles 14 et 15 du Code civil par le droit de l'Union européenne.

217. Le droit de l'UE a-t-il scellé la fin du régime exorbitant des articles 14 et 15 du Code civil en matière de compétence juridictionnelle spéciale ? Le droit de l'UE admet que certaines dispositions nationales puissent établir une distinction entre les nationaux d'un Etat membre et les ressortissants des autres Etats membres mais seulement dans l'hypothèse où ces personnes sont placées dans des situations objectivement différentes. À ce stade, la validité des articles 14 et 15 du Code civil au regard du droit de l'UE semble compromise. Une disposition nationale établissant une distinction entre nationaux et ressortissants étrangers de l'Union européenne est applicable si elle répond au contrôle de conformité effectué par les juges de Luxembourg et seulement si elle respecte le principe de proportionnalité. Les dispositions en cause doivent justifier la différence de traitement entre les nationaux d'un Etat membre et ceux des autres Etats membres. À défaut de justification, les dispositions invoquées doivent être écartées par la juridiction nationale saisie au motif qu'elles établissent une discrimination fondée sur la nationalité. En raison du privilège de juridiction basée sur la nationalité française des plaideurs demandeurs ou défendeurs, ces articles sont contraires au droit de l'UE dans la mesure où leur application va établir une discrimination entre un plaideur de nationalité française et son adversaire de nationalité étrangère même si celui-ci est

⁶¹⁶ D. Cohen, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1989, p. 451 ; Ph. Buisson, *La notion de for exorbitant (Etude de droit international privé)*, thèse Paris II, 1996.

le ressortissant d'un autre Etat membre de l'Union européenne. L'article 14 du Code civil va permettre de réserver l'accès aux juridictions françaises aux seuls nationaux français personnes physiques ou morales même si le litige ne présente aucun élément de rattachement avec la France. De son côté, l'article 15 du Code civil permettait de faire échec à la reconnaissance en France d'une décision étrangère rendue contre un plaideur français, alors que la décision rendue contre un étranger n'était pas exclu de ce chef de compétence⁶¹⁷.

218. La notion de nationalité des sociétés perd de son intérêt dans le cadre du droit de l'UE s'agissant de l'application des privilèges de juridiction des articles 14 et 15 du Code civil en raison de la violation des principes du droit de l'UE de traitement national et de non-discrimination. Le droit de l'UE a adopté des règles matérielles visant à l'unification des règles de compétence dans certaines matières particulières comme les procédures d'insolvabilité⁶¹⁸. L'adoption de règles matérielles, en matière juridictionnelle, a pour objectif de garantir la reconnaissance des décisions de justice des juridictions d'un Etat membre sur l'ensemble des territoires des Etats membres de l'Union européenne sans aucune autre procédure comme cela est le cas avec l'exequatur. Les décisions judiciaires d'un Etat membre sont reconnus de plein droit par les autre Etats membres. Si une société débitrice possède le centre de ses intérêts principaux en France, critère d'ouverture d'une procédure principale, ou bien un établissement permettant l'ouverture d'une procédure secondaire, les articles 14 et 15 du Code civil ne sont pas applicables. Le centre des intérêts principaux du débiteur et la présence d'un établissement du débiteur sur le territoire de l'un des Etats membres sont des chefs de compétence directe en matière de procédure d'insolvabilité de la juridiction nationale. Il est impossible de se prévaloir d'un privilège de juridiction fondée sur la

⁶¹⁷ M.-P. Puljak, *Le droit international privé à l'épreuve du principe de non-discrimination en raison de la nationalité*, thèse Aix-en-Provence, éd. PUAM, 2003, 451 p., v. spéc. p. 91 et s. Les articles 49 et 54 TFUE garantissent la liberté d'établissement à toutes les sociétés issues d'un Etat membre de l'Union européenne. Il est donc formellement interdit à un Etat membre d'instaurer des limitations à l'exercice des droits fondamentaux que sont la liberté d'établissement et la libre prestation de services pour les sociétés, toutes les discriminations sont condamnées par la Cour de Luxembourg : un traitement national doit être garanti à toutes les sociétés émanant d'un autre Etat membre (article 55 TFUE).

⁶¹⁸ Règlement CE n° 1346/2000 du 29 mai 2000 entré en vigueur le 31 mai 2001 (*J.O.* L 160, 30 juin 2000). Ce règlement de l'UE a unifié les règles de compétence juridictionnelle en matière de procédures d'insolvabilité en instaurant le principe de la reconnaissance de plein droit des décisions d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre une société de l'Union européenne possédant des biens sur le territoire de plusieurs Etats membres.

nationalité⁶¹⁹. Cependant, les articles 14 et 15 du Code civil peuvent recevoir application dans le cas d'un litige naissant à l'extérieur de l'Union européenne. En vertu de l'article 4 § 1 du règlement « Bruxelles I »⁶²⁰, en matière civile et commerciale, une société française peut se prévaloir de l'article 14 pour attirer un défendeur domicilié dans un Etat tiers à l'Union européenne devant les juridictions françaises et ce, même si le défendeur est un ressortissant d'un Etat membre.

Conclusion :

219. La nationalité des sociétés a pu être considérée comme un débat dépassé mais l'évolution du droit de l'UE et de l'économie internationale vers une plus grande interdépendance et intégration des économies nationales nous permet d'envisager un renouveau de la notion. Les difficultés que suscite la nationalité des sociétés concernant la détermination de la loi applicable sont toujours d'actualité. Il en est de même des conflits de juridictions susceptibles d'apparaître dans le cadre de l'activité internationale des sociétés. Sur ce point précis, le droit de l'UE est venu limiter fortement la marge de manœuvre des Etats membres en garantissant le traitement national et l'interdiction de toute discrimination à l'égard d'une société ressortissante d'un autre Etat membre. En outre, nous verrons que la question du transfert de siège social a enfin été appréhendée par le droit positif de l'UE. Désormais, un transfert de siège social se trouve grandement facilité mais seulement à l'échelle de l'Union européenne, faute d'avancées significatives en droit international avec l'absence totale de règles unifiant la matière. De plus, l'adoption de nouvelles structures juridiques par le droit des affaires de l'UE – nous pensons ici à la société européenne – incite à revisiter la notion de nationalité des sociétés. Des interrogations peuvent également être soulevées à propos des groupes de sociétés dont l'on sait que le droit français ne retient pas une approche unitaire contrairement au droit allemand. La mondialisation et la recherche de

⁶¹⁹ M.-P. Puljak, thèse préc.

⁶²⁰ Règlement « Bruxelles I » n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, *JDI* 2001, p. 1084. Il s'agit en réalité de la convention de Bruxelles de 1968 qui a été transformée en règlement de l'UE applicable à tous les Etats membres.

nouveaux marchés imposent aux sociétés d'avoir des moyens importants sur les plans financier et humain. Le développement de l'activité internationale va dès lors entraîner des problèmes juridiques nouveaux comme la question de la nationalité économique des filiales. En pratique, l'on retient une approche économique et sociologique du groupe de sociétés : la presse, les milieux d'affaires et l'opinion attribuent une nationalité économique aux groupes. Le groupe de sociétés peut-il dès lors faire l'objet d'une définition juridique et d'une approche globale ? En outre, nous verrons que des tentatives de réglementation de l'activité internationale des groupes de sociétés ont été réalisées dans le cadre du droit de l'UE.

DEUXIEME PARTIE : LA NATIONALITE ET LA RECONNAISSANCE DES SOCIETES PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET LE DROIT INTERNATIONAL : REMISE EN CAUSE DE LA CONCEPTION CLASSIQUE DES ETATS MEMBRES

CHAPITRE I : LA MOBILITE INTERNATIONALE DES SOCIETES : RECONNAISSANCE ET LIBERTE D'ETABLISSEMENT

CHAPITRE II : LE RATTACHEMENT JURIDIQUE DE LA *SOCIETAS EUROPAEA* (SE)

CHAPITRE III : LA POSITION DES ETATS MEMBRES DE L'UNION EUROPEENNE ET LES SOLUTIONS DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE EN MATIERE DE GROUPES DE SOCIETES

CHAPITRE I : LA MOBILITE INTERNATIONALE DES SOCIETES : RECONNAISSANCE ET LIBERTE D'ETABLISSEMENT

220. Le droit de l'Union européenne a libéralisé la vie des affaires dans l'espace européen en permettant aux sociétés ressortissantes de l'un des Etats membres de bénéficier des libertés d'établissement et de libre prestation de services au même titre que les personnes physiques et sans aucune restriction, en particulier la nationalité. Aucune entrave par un Etat membre n'est autorisée : le traité CE – devenu le TFUE – a consacré deux principes fondamentaux applicables aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales, à savoir le traitement national et la non-discrimination⁶²¹. Les sociétés disposent en vertu de l'article 54 TFUE d'une liberté d'établissement au même titre que les personnes physiques « *ressortissantes des Etats membres* »⁶²². Cette analogie avec les personnes physiques soulève des difficultés particulières qui réaniment le débat sur la nationalité des sociétés. La liberté d'établissement implique la reconnaissance mutuelle de toutes les sociétés émanant d'un autre Etat membre. Dès lors, à partir de quel moment peut-on dire qu'une société est ressortissante de l'un des Etats membres ? L'article 54 TFUE a posé comme principe la constitution de la société « *en conformité de la législation d'un Etat membre* ». Une autre difficulté surgit puisque l'article 54 TFUE ne définit pas la portée exacte de la liberté d'établissement accordée aux sociétés ressortissantes des Etats membres. Ce rôle est revenu à la Cour de justice de l'Union européenne qui a pris soin de fixer les contours de cette liberté d'établissement dans des termes très larges et extrêmement favorables à la mobilité intra européenne des sociétés ressortissantes des Etats membres. La liberté d'établissement est venue mettre à mal la théorie de la nationalité des sociétés des Etats membres de l'Union européenne adeptes du siège social comme la France ou l'Allemagne dans sa conception la plus rigoureuse, à savoir le siège réel.

⁶²¹ Art. 55 TFUE (ex. art. 294 TCE) : « *Les États membres accordent le traitement national en ce qui concerne la participation financière des ressortissants des autres États membres au capital des sociétés au sens de l'article 54, sans préjudice de l'application des autres dispositions des traités* ».

⁶²² Art. 54 TFUE (ex. art. 48 TCE) : « *Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres (...)* ».

Nous étudierons dans un premier temps les modalités de l'établissement international des sociétés (section I), ensuite nous exposerons les conditions de modification de l'établissement principal des sociétés (section II), enfin nous verrons l'exercice de la liberté d'établissement à titre secondaire en droit de l'UE (section III).

Section I : L'établissement international des sociétés.

221. La mobilité des sociétés commerciales à l'échelle internationale se matérialise par différents procédés juridiques conduisant à l'implantation sur un nouveau territoire donné. Une société peut envisager la création d'une nouvelle société dans l'Etat d'accueil visé, mais elle peut également recourir à la prise de participation dans une société préexistante ou encore préférer transférer son siège social dans le nouvel Etat d'accueil. L'hypothèse de la fusion internationale est aussi possible mais à l'image du transfert transfrontalier du siège social, celle-ci s'avère extrêmement délicate en dehors de l'Union européenne. Il existe en effet des obstacles à une mobilité internationale totale des sociétés.

Nous tenterons tout d'abord de définir la notion d'établissement international des sociétés et de décrypter toutes les modalités que cette expression recouvre (§ 1), ensuite dans un deuxième point nous verrons quels sont les obstacles à la libre mobilité internationale des sociétés (§ 2), enfin nous exposerons les hypothèses du transfert de siège social et de la fusion extra UE (§ 3).

§ 1. La notion d'établissement international des sociétés.

222. L'établissement international recouvre différentes réalités juridiques dont l'objet est de permettre la mobilité des sociétés dans l'espace. La mobilité internationale des sociétés a toujours été l'une des préoccupations majeures de l'Union européenne puisque le traité de Rome de 1957 garantissait déjà aux sociétés les libertés d'établissement et de libre prestation

de services⁶²³. La complexité de la mobilité internationale des sociétés vient du fait que les Etats peuvent être enclins à limiter le champ de cette mobilité en raison de la volonté d'appliquer des lois de police et de sûreté aux sociétés étrangères et au traitement des personnes morales étrangères. La mobilité internationale va faire appel à la reconnaissance des sociétés étrangères. En outre, compte tenu de l'existence de nombreux éléments d'extranéité, les juridictions nationales sont là encore confrontées à des problèmes de conflits de lois. La mobilité internationale des sociétés va recouvrir deux réalités indissociables pour toute société souhaitant élargir ses zones d'influence et conquérir des parts de marché : l'une économique, l'autre juridique⁶²⁴. La société candidate à la mobilité doit nécessairement faire un bilan juridique et économique à même de répondre à ses besoins : quelle est la forme sociale la plus adaptée ? Quel est le régime juridique appliqué aux sociétés étrangères ? L'Etat d'implantation d'une société désireuse de s'implanter à l'étranger va également imposer le respect de certaines règles impératives dont l'objet est de contrôler une éventuelle fuite de capitaux et qui iront *crescendo* selon la modalité d'établissement international choisie par la société. Chaque Etat dispose d'un panel de lois de police et de sûreté dont la fonction est de garantir l'ordre public et la paix sociale en empêchant une société de s'implanter à l'étranger uniquement pour des raisons d'opportunité fiscale et sociale. Ainsi, une fusion internationale – nous visons ici la fusion extra UE – ou un transfert transfrontalier du siège social est plus compliqué à réaliser pour la société qu'une simple prise de participation dans une société étrangère ou que la création d'un établissement dépourvu de personnalité juridique comme la succursale. La liberté d'établissement et la libre prestation de services offertes par le droit de l'UE sont soumises à deux régimes juridiques différents en raison de la nature intrinsèque de chacune de ces libertés. Toute société dispose de la liberté de recourir à l'une ou l'autre de ces libertés. La libre prestation de services a un caractère « résiduel »⁶²⁵ par rapport à la liberté d'établissement. En effet, en vertu de l'article 50 du traité CE⁶²⁶, la libre prestation de services n'est invocable que si les prestations en cause « ne sont pas régies par les dispositions

⁶²³ Art. 43 et 48 TCE devenus les articles 49 et 54 TFUE.

⁶²⁴ O. Cachard, *Droit du commerce international*, LGDJ, Paris, 2008, 578 p., n° 138 et s., p. 75 et s.

⁶²⁵ J.-B. Blaise, « Une cohabitation difficile : nationalité des sociétés et libre établissement dans la Communauté européenne », in *Mélanges Ph. Kahn. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle*, Litec, Paris, 2000, p. 595.

⁶²⁶ Art. 57 TFUE.

relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes ». L'article 49 TFUE accorde le droit aux sociétés ressortissantes des Etats membres de s'implanter à titre principal ou à titre secondaire sur le territoire des autres Etats membres. L'article 49 TFUE bénéficie de l'effet direct et permet aux sociétés de s'établir dans un autre Etat membre et d'y exercer toutes les activités qui sont offertes aux sociétés nationales de l'Etat d'implantation en vertu du principe du traitement national. Toutefois, pour toutes les activités réglementées, la société peut être soumise au respect de certaines dispositions impératives.

§ 2. Les obstacles à la libre mobilité des sociétés dans l'Union européenne et dans le reste du monde.

223. Conscients des risques liés à une mobilité internationale des sociétés échappant à tout contrôle, les Etats imposent des limitations à cette possibilité offerte aux sociétés commerciales. Toutefois, dans le cadre de l'Union européenne, les Etats membres ont souhaité que les sociétés commerciales, au même titre que les personnes physiques, bénéficient des liberté d'établissement et de libre prestation de services. La liberté d'établissement est perçue comme un moteur pour l'économie de l'Union européenne. Les Etats membres doivent faire en sorte que les restrictions limitant la libre circulation des sociétés sur le territoire de l'Union européenne ne soient guidées que par des impératifs d'ordre public et en accord avec les principes fondamentaux du traitement national et de la non-discrimination.

Malgré les avancés spectaculaires en matière de liberté d'établissement, il existe toujours des obstacles de taille à une mobilité parfaite des sociétés commerciales dans l'Union européenne (A). En dehors du cadre régional de l'Union européenne, la mobilité internationale des sociétés est d'autant plus difficile qu'elle ne fait l'objet d'aucune réglementation et qu'elle est soumise au droit international privé de chaque Etat (B).

A/ La mobilité intra UE.

224. À partir de 1974, la Cour de justice a reconnu un effet direct aux articles 43 et 48 du traité CE⁶²⁷ : les libertés d'établissement et de libre prestation de services s'appliquent aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales, nul besoin de mesures de transposition de la part des Etats membres pour garantir ces droits fondamentaux. Dans l'arrêt « *Überseering* » de 2002⁶²⁸, la Cour de justice a décidé dans le considérant n° 59 que « *l'exercice de la liberté d'établissement suppose la reconnaissance desdites sociétés par tout Etat membre dans lequel elles souhaitent s'établir* ». Pour appuyer sa position, la Cour de justice rappelle deux principes du droit de l'UE : le principe d'assimilation et la reconnaissance de l'effet direct des articles 43 et 48 du traité CE depuis la fin de la période de transition. Par conséquent, dès lors qu'une société est rattachée à un Etat membre par la simple localisation du siège statutaire, celle-ci dispose du droit d'exercer toute son activité dans un autre Etat membre. Ce principe avait été proclamé par la Cour de justice dans l'arrêt « *Centros* » du 9 mars 1999⁶²⁹. La Cour de justice a toujours opté pour une interprétation extensive des dispositions du traité CE, par ailleurs les instigateurs des Communautés européennes ont eu, depuis les prémices de la construction européenne, en ligne de mire la libre circulation des sociétés. Une véritable intégration économique ne pouvait se faire sans garantir aux acteurs de la vie économique que sont les sociétés commerciales une totale mobilité au même titre que les personnes physiques, les capitaux et les marchandises. À ce titre, l'Union européenne incarne l'exemple type d'une volonté d'intégration économique et politique.

225. La mobilité des sociétés au sein de l'Union européenne a été facilitée par l'adoption de directives et de règlements de droit de l'UE dont la finalité a été le rapprochement et la coordination des législations nationales des Etats membres en matière sociétaire. La troisième directive du 9 octobre 1978 relative aux fusions internes⁶³⁰ a harmonisé la procédure des

⁶²⁷ CJCE, 21 juin 1974, « *Reyners* », aff. 2/74, *Rec.* p. 361.

⁶²⁸ CJCE, 5 novembre 2002, aff. C-208/00, *Rec.* p. I-9919.

⁶²⁹ CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Rec.* p. I-1459.

⁶³⁰ Troisième directive CE n° 78/660 du 9 octobre 1978 relative aux fusions internes, *JOCE* L 295 du 20 octobre 1978.

fusions internes dans l'ensemble des Etats membres, elle a également prévu de fournir une information adéquate aux actionnaires en protégeant leurs droits ainsi que ceux des créanciers. Cette directive a été transposée très tardivement en France puisque c'est seulement en 1988 que le gouvernement français adopta une loi relative aux fusions internes⁶³¹. La sixième directive du 17 décembre 1982 est également très importante puisqu'elle traite d'une autre modalité de circulation des sociétés, à savoir les scissions⁶³². Ces deux directives se distinguent par la transmission universelle du patrimoine social : la société qui va bénéficier de la fusion et les sociétés récoltant les fruits d'une scission vont se voir transmettre les droits et obligations des sociétés dissoutes sans être liquidées. Ce procédé s'apparente ainsi à la succession universelle du patrimoine des personnes physiques⁶³³. La mobilité internationale ne peut être garantie que si l'on reconnaît aux sociétés la faculté de transférer librement leur siège social sans aucune entrave juridique. Or, tous les droits des Etats membres considèrent que le transfert du siège social entraîne inévitablement la disparition de la société. Celle-ci doit se dissoudre dans son Etat d'origine puis se reconstituer dans le nouvel Etat d'implantation choisi. En pratique, ces démarches sont extrêmement coûteuses d'un point de vue financier et fiscal en dépit des avancées consenties par le droit de l'UE depuis 2005 et l'adoption de la dixième directive sur la fusion transfrontalière des sociétés de capitaux dans l'Union européenne⁶³⁴. Aucun accord n'a pu être trouvé s'agissant de l'adoption de la quatorzième directive relative au transfert du siège social statutaire d'un Etat membre à un autre : l'avant-projet de proposition a été officiellement abandonné par la Commission européenne en 2007⁶³⁵. Cette directive très ambitieuse portait sur le transfert de siège social d'un Etat membre à un autre avec changement de la loi applicable au transfert de siège d'un Etat membre à un autre. En cas de transfert du siège d'une société française vers l'Angleterre,

⁶³¹ L. n° 88-17 du 5 janvier 1988 et D. n° 88-418 du 22 avril 1988. Cf. A. Lefebvre, « Le nouveau régime des fusions et des scissions de sociétés commerciales institué par la loi n° 88-17 du 5 janvier 1988 et le décret n° 88-418 du 22 avril 1988 », *Rev. soc.* 1988, p. 207 ; M. Jeantin, « Le nouveau régime des fusions et des scissions de sociétés », *JCP E* 1988, II, 15169 ; C. Ducouloux-Favard, « La réforme française des fusions et l'harmonisation des législations européennes », *D.* 1990, chron., p. 242.

⁶³² 6^{ème} directive n° 82/891/CEE du 17 décembre 1982 relative aux scissions des sociétés anonymes, *JOCE* L 378 du 31 décembre 1982.

⁶³³ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 418.

⁶³⁴ Directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, *JOUE* L 310, 25 novembre 2005. Cf. également, J. Béguin, « Les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité internationale ? », in *Mélanges J. Paillusseau*, Dalloz, Paris, 2003, p. 43 et s.

⁶³⁵ Déclaration du commissaire européen Mc Creevy du 3 octobre 2007, Bruxelles.

la *lex societatis* devenait la loi anglaise. Cette possibilité a été jugée très pernicieuse pour les Etats demeurés attachés au critère du siège réel comme l'Allemagne ou, dans une moindre mesure la France, si l'on retient la conception moderne favorable au siège statutaire. Une telle modalité même limitée à l'Union européenne a été perçue comme un risque économique pour les Etats membres de l'Union européenne : la recherche de la meilleure législation fiscale ou sociale pourrait porter atteinte à l'ordre public des Etats membres dont la loi est la moins compétitive.

Pour les juges de Luxembourg, la liberté d'établissement est un principe fondamental dont le respect s'impose à tous les Etats membres. Cependant, malgré l'abandon du projet de 14^{ème} directive relative au transfert transfrontalier de siège social d'un Etat membre à un autre, la mobilité au sein de l'Union européenne a fait l'objet d'avancées significatives. La jurisprudence de la Cour de justice n'est pas totalement étrangère à ces avancées puisqu'elle a permis aux sociétés ressortissantes d'un Etat membre de bénéficier pleinement de la liberté d'établissement. La Cour de justice a également fait de la fusion intra UE une modalité du transfert du siège social pour pallier à l'absence de réglementation du droit de l'UE en la matière⁶³⁶.

B/ La mobilité extra UE : des obstacles difficilement surmontables.

226. La mobilité extra UE des sociétés commerciales est encore très difficile en raison des nombreux obstacles juridiques que les sociétés doivent contourner. Si deux ou plusieurs sociétés ayant leur siège dans des Etats différents souhaitent fusionner, les organes desdites sociétés doivent respecter de manière cumulative et/ou distributive toutes les dispositions des législations nationales relatives à la fusion. En outre, et là il s'agit d'un obstacle de taille, tous les associés doivent accepter l'opération de fusion internationale. Une société candidate à la mobilité internationale va-t-elle garder sa personnalité morale ou, au contraire, disparaître

⁶³⁶ CJCE, 13 décembre 2005, « *Sevic Systems AG* », aff. C-411/03, *JCP G* 2006, II, 10077, note R. Dammann ; *D.* 2006, p. 451, note M. Luby.

pour se reconstituer dans le nouvel d'Etat d'implantation ? Pour la plupart des législations, le transfert international de siège social est synonyme de disparition de la société. Cependant, il existe en doctrine un débat sur la survie de la personnalité morale de la société dissoute en cas de fusion internationale ou de scission : la société continuerait d'exister au travers de ses associés et de la transmission universelle de son patrimoine⁶³⁷. Il n'est pas question de la survie de la personnalité morale de la société mais de la continuité de son existence au travers de ses associés. Les réticentes à la mobilité internationale, caractérisée essentiellement par l'opération du transfert de siège social, trouvent leur fondement dans les effets juridiques d'une telle opération. La localisation du siège social sert à la fois d'indice pour déterminer la nationalité de la société et de critère unique pour désigner la loi applicable à cette société. Or, le transfert du siège social va entraîner une relocalisation géographique du siège social dans un Etat tiers, ce qui a pour effet de changer à la fois la nationalité et la loi applicable à la société. En dehors du cadre de l'Union européenne, les opérations juridiques que sont la fusion et le transfert de siège social sont extrêmement difficiles et ne sont envisageables que pour de grandes sociétés. S'agissant de la mobilité extra UE, les modalités de l'exercice de telles opérations sont soumises au respect des règles du droit commun et du droit international privé.

⁶³⁷ Y. Cheminade, « La nature juridique de la fusion », *RTD com.* 1970, p. 5 et s., v. spéc. p. 38. La société absorbée continuerait d'exister puisque les associés « demeurent unis pour continuer l'exploitation et réaliser l'objet social ». En dépit de la perte de la personnalité morale, la société poursuit simplement ses objectifs avec les mêmes associés sous une forme juridique différente. V. également, C. Kleiner, « Le transfert de social en droit international privé », *JDI* 2010, n° 2, doct. 4, p. 315. Justement, cet auteur relève que le transfert international de siège social subit un « déficit de réglementation », tant au niveau interne, que régional – UE – et international. En outre, en l'état actuel du droit, et compte tenu de la position « incohérente » de la CJUE, l'absence de prévisibilité et de sécurité juridique paralyse les transferts de sièges internationaux et prive les sociétés d'un instrument important de restructuration. Dans le même sens, cf. D. Martin et D. Poracchia, « Company mobility through cross-border transfers of registered offices within the European Union. A new challenge for French law », *JDI* 2010, n° 2, doct. 5, p. 347 ; A. Outin-Adam, « Le transfert de siège de société (non cotée) », *R. J. com.* juillet-août 2011, n° 4, p. 366.

§ 3. Le droit international privé et la mobilité des sociétés.

227. Nous étudierons successivement les deux principales modalités de la mobilité internationale des sociétés que sont le transfert transfrontalier du siège social (A) et la fusion internationale (B).

A/ L'hypothèse du transfert de siège social.

228. Une société commerciale peut-elle transférer son siège social à l'étranger sans perte de sa personnalité juridique tout en restant soumise à la même *lex societatis* ? Cette modalité de la mobilité internationale des sociétés n'est pas acceptée par tous les Etats ou très difficilement puisqu'elle s'apparente à une fuite de capitaux et à la disparition de nombreux emplois⁶³⁸.

Opération juridique très délicate, le transfert transfrontalier du siège social soulève des problèmes juridiques parfois insolubles (1), ainsi qu'une réticence assez vive des Etats à l'accepter sauf en de rares exceptions (2).

1. Les problèmes juridiques soulevés par le transfert international du siège social.

229. La personnalité morale de la société va-t-elle survivre au transfert transfrontalier du siège social ? La *lex societatis* ayant présidée à la constitution de la société peut-elle continuer à recevoir application en cas de transfert transfrontalier du siège social ? Le droit français

⁶³⁸ L'article L. 221-2 du Code général des impôts dispose : « En cas de dissolution, de transformation entraînant la création d'une personne morale nouvelle, d'apport de société, de fusion, de transfert du siège ou d'un établissement à l'étranger, l'impôt sur les sociétés est établi dans les conditions prévues aux 1 et 3 de l'article 201. Il en est de même, sous réserve des dispositions de l'article 221 bis, lorsque les sociétés ou organismes mentionnés aux articles 206 à 208 quinquies, 239 et 239 bis AA cessent totalement ou partiellement d'être soumis à l'impôt sur les sociétés au taux prévu au deuxième alinéa du I de l'article 219. Toutefois, le transfert du siège dans un autre Etat membre de la Communauté européenne, qu'il s'accompagne ou non de la perte de la personnalité juridique en France, n'emporte pas les conséquences de la cessation d'entreprise ».

réglemente très strictement le transfert international du siège social, les conditions cumulatives à remplir pour que le transfert soit effectif sont difficiles à réunir⁶³⁹. Les associés ont accepté de s'engager dans la société selon une loi déterminée, le changement de la loi applicable à la société doit par conséquent être consenti par tous les associés. En outre, la personnalité morale est un « *bienfait* » de la loi : si une société transfère son siège social dans un autre Etat, la loi initiale de constitution cesse de s'appliquer⁶⁴⁰. En matière de transfert transfrontalier du siège social, deux courants de pensée s'opposent :

- d'une part, les tenants de la théorie de la fiction de la personnalité morale qui décourage tout transfert du siège ;
- et d'autre part, les partisans de la réalité de la personne morale qui voient là une modalité technique facile à concevoir.

a) La fiction de la personnalité morale des sociétés : refus du maintien de la personnalité morale en cas de transfert transfrontalier.

230. Pour les tenants de la fiction de la personne morale, cette théorie va dissuader les associés de recourir au transfert du siège social puisque celui-ci va conduire au paiement de *boni* de liquidation dans l'Etat de dissolution puis au paiement de droits de constitution dans l'Etat d'accueil. De plus, les intérêts des créanciers ne seront pas pris en compte en raison du fait qu'il n'y a pas réellement de transfert universel des droits et obligations de la société. Dans cette hypothèse, la personnalité morale disparaît avec la loi qui a présidé à la constitution de la société. Une nouvelle personne morale va naître avec le transfert

⁶³⁹ Le transfert international de siège social est soumis à des conditions de vote très strictes en raison de l'application d'une nouvelle *lex societatis*. Les articles L. 222-9 et L. 223-30 du Code de commerce exigent que le changement de nationalité de la société soit voté à l'unanimité. En outre, l'article L. 225-97 du Code de commerce dispose que « *l'assemblée générale peut changer la nationalité de la société, à condition que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa « personnalité juridique* ».

⁶⁴⁰ Hamel, Lagarde et Jauffret, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2 par G. Lagarde, Dalloz, Paris, 1981, n° 429, p. 86.

transfrontalier du siège social et une nouvelle loi est applicable à la société⁶⁴¹. L'atteinte à un élément essentiel de la personnalité morale de la société va conduire à sa disparition et à la création d'une personne morale nouvelle⁶⁴². Pour les partisans de la fiction de la personne morale, certains éléments sont indissociables de la personnalité morale : il s'agit entre autres de la forme sociale ou de la nationalité. Si l'un de ces éléments vient à changer en raison du transfert international du siège social, la personnalité morale de la société va disparaître.

231. Les pays anglo-saxons sont également en proie à des doutes sur la survie de la personnalité morale en cas de transfert international du siège social. Dans le système très formaliste de l'incorporation, la société est soumise à la loi de l'Etat où les formalités de constitution ont été effectuées indépendamment du lieu où se trouve le siège réel de la société. Si la *lex societatis* vient à être modifiée, la société ne peut pas survivre au changement de rattachement juridique sauf si la loi de l'Etat d'origine et celle de l'Etat d'accueil le prévoit expressément par le biais d'un accord ou d'une convention⁶⁴³. En droit anglais, la seule possibilité offerte à la société pour maintenir la compétence législative de la loi anglaise est le transfert du siège réel à l'étranger puisqu'il n'intervient pas dans la procédure de l'incorporation de la société : le siège statutaire restant domicilié au Royaume-Uni. L'élément déterminant est le lieu où les formalités d'enregistrement de la société ont été effectuées. Cette faculté est également offerte par le droit de l'UE qui, au nom de la liberté d'établissement, permet aux sociétés incorporées dans un Etat membre adepte de l'incorporation de transférer leur siège effectif dans un autre Etat membre sans préjudice de la loi applicable et sans atteinte à la nationalité de la société. La société ne pourrait quitter l'Etat où elle s'est enregistrée que dans l'hypothèse où il existe un accord entre l'Etat de départ et l'Etat d'accueil, à défaut la société doit être dissoute pour se réincorporer dans le nouvel Etat. La thèse de la fiction de la personne morale suppose une coordination des droits nationaux pour que le transfert

⁶⁴¹ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 422. Il s'agit là d'une interprétation stricte du principe de spécialité de la personne morale : la capacité des personnes morales doit être distinguée de celle des personnes physiques pour être délimitée par leur objet statutaire ou légal.

⁶⁴² J. Van Ryn, note sous l'arrêt de la Cour de cassation belge du 12 novembre 1965, « *Soc. Lamot Ltd c/ Willy Lamot* », *RCJB* 1966, p. 399.

⁶⁴³ *Ibid.* Le droit anglais n'admet pas le transfert du siège statutaire avec maintien de la loi anglaise comme loi applicable. Le transfert du siège social à l'étranger va entraîner la dissolution de la société.

international de siège social soit possible.

b) La réalité de la personnalité morale et la survie de la société.

232. Le second courant de pensée fait de la personne morale une réalité juridique et plaide pour le maintien de la personnalité morale en cas de transfert international de siège social. Le transfert de siège devient ainsi plus facile à concevoir que dans la théorie de la fiction de la personne morale. Cette conception, reposant sur la réalité de la société, s'appuie sur l'*affectio societatis* et la volonté des associés concrétisée dans la rédaction des statuts⁶⁴⁴. Partant de ce postulat, le transfert de siège social à l'étranger n'est qu'une simple modification des statuts répondant à la volonté des associés et qui n'affecte en rien la survie de la société personne morale. S'agissant des formalités d'enregistrement et de constitution de la société dans l'Etat d'origine, puis renouvelées dans l'Etat d'accueil, elles n'ont qu'une valeur déclarative sans aucune incidence sur la survie de la personnalité morale de la société. La société qui transférerait son siège social à l'étranger ne serait pas dissoute : elle continuerait son existence dans le nouvel Etat d'accueil après s'être fait enregistrer auprès des autorités compétentes. La doctrine française s'oriente vers cette seconde tendance et considère que la société peut valablement transférer son siège social à l'étranger sans perdre sa personnalité juridique si un accord existe entre la France et l'Etat d'accueil⁶⁴⁵. La jurisprudence française va également

⁶⁴⁴ O. Cachard, *Droit du commerce international*, op. cit.

⁶⁴⁵ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 424. Cet auteur constate que les articles du Code de commerce (L. 222-9 ; L. 223-30 ; L. 225-97) relatifs aux modalités du changement de nationalité ne prévoient que des actes modifiant les statuts de la société. Le transfert du siège social à l'étranger ne nécessiterait que la volonté des associés et le respect de conditions impératives posées par le droit français. En ce sens, Batiffol, « Le changement de nationalité », *Trav. com. fr. de DIP* 1969, p. 65. Batiffol considère que « les inconvénients pratiques, commerciaux et fiscaux [de la conception de la fiction] la rendent suspecte ». Dans un arrêt du 28 janvier 1954, la Cour de cassation a expressément écarté la théorie de la fiction (D. 1954, p. 217, note G. Levasseur ; *Gr. arrêts juris. civ.*, t. I, 12^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2007, n° 19, F. Terré et Y. Lequette). Les juges considèrent, à la lecture de l'article L. 210-6 du Code de commerce, que l'immatriculation de la société n'a qu'une valeur déclarative et non pas constitutive. La société peut parfaitement conserver sa personnalité juridique en cas de transfert transfrontalier de son siège. Dès lors, la seule contrainte qui se pose à la société est d'obtenir la décision unanime de tous les associés étant donné que le transfert transfrontalier entraîne un changement de nationalité de la société. D'après M. Bischoff (« Observations sur la validité du transfert international de siège social », in *Mélanges en l'honneur de D. Bastian*, Litec, Paris, 1974, t. I, p. 23 et s.), à l'exclusion d'un accord international entre l'Etat d'origine et l'Etat d'accueil, « il faut en revenir à la règle générale, posée pour les

dans le sens de la reconnaissance de la théorie de la réalité de la personne morale⁶⁴⁶. Par ailleurs, cette possibilité est celle de l'article L. 225-97 du Code de commerce⁶⁴⁷. L'imposition de la société sur la base d'une dissolution de celle-ci est un moyen déguisé de dissuader les sociétés de transférer leur siège social à l'étranger. *A contrario*, une société étrangère ne peut pas transférer son siège social en France : celle-ci doit se constituer en France comme une nouvelle société.

2. Les réticences des Etats à accepter la validité du transfert international du siège social.

233. Un courant de pensée a interprété la réticence des Etats à admettre le transfert transfrontalier du siège social en raison de l'aspect contractuel des sociétés⁶⁴⁸. D'après cette théorie, seuls les associés peuvent décider à l'unanimité le transfert de siège social dans un

autres types de sociétés, au droit commun de la loi de 1966, à savoir que le changement de nationalité de la société est une modification statutaire qui exige l'unanimité, mais qui n'en reste pas moins une modification statutaire, laissant subsister la personnalité juridique de la société ». Dans le même sens, P. le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, 3^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2009, v. spéc. n° 429, p. 274.

⁶⁴⁶ Pour une décision récente de la jurisprudence française, v. Cass. com., 27 octobre 2009, « *Sté Europe Motor Automobile* », *Bull. Joly sociétés* n° 2, fév. 2010, § 39, p. 176, note M. Menjucq. En l'espèce, la Cour de cassation consacre explicitement la théorie de la réalité de la personne morale en décidant du maintien de la personnalité morale à l'occasion d'un transfert de siège social d'Italie vers la France. Ainsi, la société qui procède à un tel transfert de siège n'est pas une nouvelle personne morale. Il y a donc continuité de la personnalité initiale de la société italienne même si celle-ci est devenue une société de droit français après le transfert de siège social. Cet arrêt est important à plus d'un titre puisqu'il admet également que le transfert de siège social vers la France est possible et que cette opération ne conduit pas à la dissolution de la société dans son Etat d'origine et à la création d'une personne morale nouvelle en France. Cette position de la Cour de cassation est en parfaite adéquation avec la position de la CJUE et, en particulier, de l'arrêt *Cartesio* (préc.). En effet, d'après le considérant 110 de cet arrêt, l'Etat membre de départ ne peut s'opposer au transfert de siège avec changement de la loi applicable que pour une raison impérieuse d'intérêt général et seulement si l'Etat d'accueil permet la réalisation d'une telle opération. Par conséquent, cet arrêt de la Cour de cassation autorise implicitement la réalisation de transferts de sièges sociaux puisqu'aucune disposition du droit français ne semble aller à l'encontre de la réalisation d'une telle opération.

⁶⁴⁷ En l'absence de convention bilatérale signée entre la France et l'Etat d'accueil, le transfert de siège social est toujours possible à l'unanimité des associés mais la société sera dissoute en France pour se reconstituer dans le nouvel Etat de son choix.

⁶⁴⁸ Pillet, *Des personnes morales en droit international privé*, n° 76, p. 113 ; H. Synvet, thèse préc., p. 106 et s. Cet auteur se fonde également sur la nature contractuelle de la société qui ne peut être soumise à une loi différente que par la volonté unanime de tous les associés. Il ajoute que l'institutionnalisation des sociétés n'a fait que modifier la règle de l'unanimité pour s'orienter vers une majorité qualifiée sauf en matière de transfert international du siège social.

Etat étranger puisque la loi applicable à la société change nécessairement ainsi que la nationalité de cette dernière. Par conséquent, seule la volonté de tous les associés peut modifier la loi du contrat de société. La raison d'être de cette règle est d'éviter que « *les éléments essentiels du pacte social en considération desquels tout associé a contracté ne puissent être remis en cause sans son consentement* »⁶⁴⁹. Les raisons principales des difficultés à réaliser un transfert international de siège social se trouvent dans la position des Etats très peu enclins à accepter l'abandon de la compétence de leur loi nationale. Le droit allemand refuse de façon catégorique le transfert transfrontalier du siège social qu'il assimile, comme le droit français, à une cessation d'activités entraînant la dissolution de la société⁶⁵⁰.

234. La position allemande s'explique par la réticence à voir les sociétés allemandes abandonner leur rattachement initial pour un régime juridique jugé moins protecteur des salariés et des actionnaires minoritaires. La Belgique a également la même position que l'Allemagne en refusant qu'une société belge perde sa nationalité en transférant son siège social à l'étranger. Cette position s'explique par le fait qu'aucune disposition du droit belge ne régleme la question du maintien de la nationalité de la société à la suite du transfert transfrontalier du siège social. Par conséquent, la société devra être dissoute en Belgique⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ H. Synvet, thèse préc., p. 106 et s. L'auteur décèle la confirmation de sa thèse dans la législation italienne et la jurisprudence française. En effet, l'article 2437 du Code civil italien prévoit que tout associé a un droit de retrait (*recesso*) de la société si celle-ci décide de transférer son siège social à l'étranger. L'associé ayant accepté d'être soumis à la loi italienne peut parfaitement refuser le nouveau rattachement à un ordre juridique étranger. Il en est de même dans la législation espagnole qui prévoit la possibilité pour une associé de s'opposer au transfert du siège social à l'étranger. S'agissant de la jurisprudence française, l'auteur relève que l'arrêt « *CCRMA* » de la Cour de cassation du 30 mars 1971 (arrêt préc.) recourt au critère du contrôle en matière de conflits de lois uniquement afin que la société « *conserve sa nationalité et continue d'être soumise à la loi qui la régit* ». L'auteur explique cette jurisprudence discutable par « *l'impératif de permanence de la lex societatis* ». Une telle position confère à l'associé, seul juge de la loi applicable à ses rapports contractuels au sein de la société, « *un véritable droit acquis à l'application de la loi selon laquelle la société a été constituée* » (H. Synvet, thèse préc., p. 109).

⁶⁵⁰ La jurisprudence allemande considère que le transfert du siège social à l'étranger est un motif de dissolution de la société : Cour supérieure de Bavière, 7 mai 1992, *IPRax*, 1992, p. 389, arrêt cité par H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, LGDJ, Paris, 1993, n° 197-1, note 4. En l'espèce, les juges ont prononcé la dissolution d'une société unipersonnelle de droit allemand ayant pris la décision de transférer son siège social, statutaire et effectif, en Angleterre.

⁶⁵¹ Conseil d'Etat belge, 29 juin 1987, *TRV* 1988, p. 110, note K. Lenaertz. En l'espèce, la société belge avait voté le transfert de son siège social vers les Pays-Bas.

235. Les rares exceptions admises par les Etats à la perte de la personnalité juridique résultent du mouvement de décolonisation qui a entraîné un changement de loi applicable⁶⁵². La raison principale du refus des Etats à autoriser le transfert transfrontalier du siège social est d'ordre fiscal : la fuite de grandes sociétés, seules sociétés valablement intéressées par un transfert international de leur siège par opportunisme juridique ou économique, est synonyme de pertes de recettes fiscales colossales pour les Etats. En effet, la plupart des Etats membres de l'Union européenne optent pour le principe de la mondialité de l'impôt au regard duquel la localisation du siège social est prise en compte⁶⁵³. C'est pourquoi les Etats comme l'Allemagne s'opposent au transfert international de siège social. En revanche, la France adopte le principe de la territorialité de l'impôt dont la conséquence principale est que l'imposition est due dès que la société exerce une activité sur le territoire français indépendamment de la localisation de son siège social en France. Le transfert international du siège social est également perçu comme un moyen d'éluder les dispositions impératives d'un Etat. Cette crainte est partagée par tous les Etats dont les législations sont plus ou moins contraignantes pour les sociétés en matière sociale ou économique. Il suffit de penser aux taux d'imposition des sociétés ou à la réglementation du travail en France ou en Allemagne qui peut être un obstacle important pour certaines grandes sociétés qui pourraient avoir intérêt à déplacer leur siège social sous des cieux plus cléments comme l'Irlande, l'Angleterre ou les Pays-Bas.

236. Le parallèle peut être fait avec « *l'effet Delaware* » qui incite les sociétés à rechercher la législation nationale la plus adaptée et la plus favorable à leurs activités. Le fédéralisme américain se caractérise par une diversité de droits des sociétés plus ou moins souples à l'image du droit de l'Etat du Delaware qui est le plus laxiste. La plupart des grandes sociétés américaines sont immatriculées dans cet Etat pour des raisons fiscales. La crainte éprouvée par les Etats est qu'une réglementation du transfert international du siège social au niveau régional ou international n'entraîne une concurrence entre les législations nationales dans

⁶⁵² Cass. 1^{ère} civ., « *CCRMA* », 30 mars 1971, arrêt préc. L'application du contrôle a permis à la société CCRMA de conserver sa nationalité française en dépit de l'accession de l'Algérie à l'indépendance. Cette solution très peu justifiable sur un plan juridique s'explique par la volonté de maintenir la nationalité initiale de la société.

⁶⁵³ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 431.

l'espoir d'attirer le plus grand nombre possible de sociétés⁶⁵⁴. Toutefois, cette concurrence existe bel et bien dans l'Union européenne depuis les arrêts de la Cour de justice en matière de liberté d'établissement et depuis l'adoption de la dixième directive CE relative à la fusion intra UE des sociétés de capitaux⁶⁵⁵. Il ne faut pas également sous-estimer la portée du règlement CE n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 relatif à la société européenne qui, malgré ses imperfections, permet aux sociétés ressortissantes des Etats membres de relocaliser leur siège social⁶⁵⁶ dans un autre Etat membre sans dissolution de la société.

3. La réalisation du transfert transfrontalier du siège social : une possibilité contraignante et limitée par l'absence de réglementation.

237. Les opérations juridiques réalisant une circulation internationale des sociétés sont à l'origine d'un conflit mobile puisque la modification de l'élément de rattachement juridique de la société va être amené à changer. Le conflit mobile naît dans le cadre de la conception du siège social comme critère de rattachement juridique de la société. En matière d'incorporation, il n'y a pas de conflit mobile puisque la localisation du siège social n'est pas l'élément déterminant la compétence de la loi nationale. Comme pour la fusion internationale, le transfert transfrontalier de siège social va soumettre la société à deux lois successives : la loi initiale et la loi de l'Etat d'accueil. La loi de l'Etat d'origine et celle de l'Etat d'accueil vont s'appliquer de manière distributive. La société doit se conformer aux dispositions de la loi de son Etat d'origine pour les questions relatives à la décision du transfert ; les modalités

⁶⁵⁴ Cette concurrence très vive entraîne nécessairement un phénomène de *forum shopping* et de *law shopping*. Cf. L. Rapp et E. Draï, « Le coup de l'aspirateur... À propos de l'affaire Hoover », *D.* 1993, chron., p. 153. La société Hoover, qui possédait deux usines dont l'une en France à Dijon et l'autre en Ecosse, souhaitait délocaliser son activité vers l'Ecosse où le droit social était extrêmement souple.

⁶⁵⁵ CJCE, « *Centros* », « *Inspire Art* », « *Überseering* », « *Sevic Systems AG* », arrêts préc. : la Cour de justice permet le transfert du siège réel vers un autre Etat membre. Depuis l'arrêt « *Cartesio* » (CJCE, gr. ch., « *Cartesio* », 16 décembre 2008, aff. C-210/06, *Rec.* I-9641), il est possible pour une société de transférer son siège réel vers un autre Etat membre avec changement de la loi applicable. V. aussi la dixième directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la fusion intra UE des sociétés de capitaux.

⁶⁵⁶ Règlement CE n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 (*JOCE* 2001, L. 294 et *JOUE* 2003, L. 302) relatif à la société européenne et la directive 2001/86/CE (*JOUE* 2001, L. 294) adoptée le même jour relative au statut de la société européenne concernant l'implication des travailleurs.

d'acquisition de la personnalité morale ainsi que les statuts sont soumis à la loi de l'Etat d'accueil. Le transfert transfrontalier de siège social impose également à la société candidate à la mobilité de se conformer aux dispositions locales du droit des sociétés. Si la société souhaitant transférer son siège social relève d'une certaine forme sociale inexistante dans la législation de l'Etat d'accueil, alors la société devra se conformer au droit local. Cette hypothèse d'une absence de concordance de la forme sociale dans l'Etat d'accueil entraîne une transformation de la société. La question de la survie de la personnalité morale dans pareille hypothèse se pose avec autant plus d'acuité que la forme de la société change suite au transfert transfrontalier⁶⁵⁷. Toutefois, la meilleure solution serait le maintien de la personnalité morale de la société. Si le transfert transfrontalier et la transformation de la société ne portent pas atteinte à la personnalité juridique, il n'y a pas de disparition de la personnalité morale de la société. Cette dernière verrait sa personnalité morale disparaître si son objet social est contraire aux dispositions impératives du droit local de l'Etat d'accueil.

a) Le transfert international du siège statutaire.

238. Cette hypothèse est celle du transfert du siège social tel qu'il figure dans les statuts de la société, il ne s'agit pas du transfert du siège social tel qu'il est perçu dans la conception de l'incorporation. Le transfert transfrontalier du siège social n'est envisageable que si l'Etat d'origine de la société accepte une telle possibilité avec toutes les conséquences juridiques que nous avons pu décrire, à savoir la perte de la nationalité et le changement de la loi applicable à la société. Dans le souci de ne pas dissuader l'implantation de sièges sociaux sur leur territoire, les Etats ont préféré encadrer très strictement cette opération juridique en imposant des quorums de majorité qualifiée, ou plus sévèrement encore en exigeant une

⁶⁵⁷ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 436. Peut-on véritablement parler de survie de la personnalité morale alors que la forme initiale de la société devra être modifiée pour répondre aux exigences de la loi de l'Etat d'accueil ? L'auteur cite l'article 1844-3 du Code civil qui dispose que « *la transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle* ». L'article 228 de la loi espagnole sur les sociétés anonymes du 22 décembre 1989 édicte la même solution que le droit français.

décision unanime de tous les associés pour décider du transfert du siège social à l'étranger⁶⁵⁸. À ce jour, aucune convention internationale n'a été signée entre la France et un Etat étranger⁶⁵⁹. La règle est toujours celle du vote unanime des associés pour valider le transfert international de siège social quelque soit la forme sociale adoptée. La loi étrangère, qui va déterminer les nouveaux statuts et imposer éventuellement une transformation ou une adaptation de la forme sociale initiale au droit de l'Etat d'accueil, peut très bien prévoir une augmentation des engagements des associés ou, inversement, une baisse de leurs prérogatives et de leurs droits dans la société. Cette possibilité d'une hausse des obligations des associés doit, conformément à l'article 1836 du Code civil, faire l'objet d'une décision unanime. Par conséquent, l'on peut se trouver face à une double contrainte pour valider le transfert international de siège social : tout d'abord, obtenir la décision unanime des associés pour le transfert ; ensuite, un nouvel accord unanime concernant l'augmentation statutaire des obligations des associés. Ce double vote peut être un frein inextricable au transfert effectif du siège statutaire à l'étranger. Le siège statutaire peut très difficilement faire l'objet d'un transfert transfrontalier en raison des nombreux obstacles juridiques que les associés vont rencontrer en cas de décision unanime. L'exigence de la majorité absolue des associés et l'éventuel vote unanime des associés pour la modification des statuts relative à l'augmentation de leurs obligations paraissent être insurmontables. L'exception à cette règle, matérialisée par le droit de l'UE, pourrait tempérer ce sentiment d'immobilisme juridique en la matière. Toutefois, l'on constate que le transfert intra UE du siège statutaire n'est obtenu que de façon

⁶⁵⁸ Le droit italien est assez souple en la matière puisque l'alinéa 4 de l'article 2369 du Code civil italien sur les sociétés par actions n'exige qu'une majorité simple des actionnaires pour décider du transfert du siège social. Cet article vise le siège statutaire comme cela est prévu par l'article 25 alinéa 3 de la réforme du droit des sociétés du 31 mai 1995. En outre, les associés disposent d'un droit de retrait de la société s'ils refusent de voter le transfert du siège social à l'étranger : la loi prévoit que la valeur de leurs actions sera remboursée. Pareille disposition existe en droit espagnol qui a copié le droit italien sur ce point précis : cf. l'article 149 de la loi espagnole sur les sociétés anonymes et l'article 95 de la loi du 23 mars 1995 sur la SARL (modifiée par la loi n° 7/2003 du 1^{er} avril 2003, *BOE* 2 avril 2003, n° 79, p. 12679). En droit français, rien n'est dit concernant la société par actions simplifiée puisque le président de la société peut décider seul d'un éventuel transfert du siège social à l'étranger. La SAS est une forme sociale très libérale mais qui risque, en cas de transfert transfrontalier du siège social, de requérir la modification des clauses statutaires autorisées par les articles L. 227-13, L. 227-14, L. 227-16 et L. 227-17 du Code de commerce relatives à l'inaliénabilité, l'agrément, l'exclusion et la suspension des droits de vote donc d'exiger que la majorité absolue soit obtenue pour valider le transfert.

⁶⁵⁹ La France n'a conclu aucune convention sur ce sujet, exception faite d'une convention signée avec l'Ethiopie. Cette convention a été signée le 12 novembre 1959 (*J.O.* du 15 mai 1960, rectifié dans le *J.O.* du 31 mai 1960). Cette convention était relative au statut de la Compagnie de chemin de fer de Djibouti à Addis-Abeba et permettait le transfert du siège social de cette société de la France vers l'Ethiopie.

indirecte soit par le biais d'une fusion ou d'une scission, soit par le biais de la création d'une société européenne.

b) Le transfert international du siège réel.

239. Le droit de l'UE autorise le transfert du siège réel dans un autre Etat membre au nom de la liberté d'établissement consacrée par les articles 49 et 54 TFUE. L'intérêt ici pour la société est de mettre les différentes législations nationales des Etats membres en concurrence pour en tirer le meilleur parti. Ce phénomène de *forum shopping* et/ou de *law shopping* n'a pas été condamné par la Cour de Luxembourg qui considère qu'il s'agit là du juste exercice de la liberté d'établissement⁶⁶⁰. En dehors de l'Union européenne, le transfert du siège réel est parfaitement concevable entre deux Etats adoptant le critère de l'incorporation : il n'y a pas de modification de la nationalité de la société et la *lex societatis* est toujours la même. Une société anglaise peut transférer son siège réel vers les Etats-Unis sans grande difficulté. Le transfert est également réalisable d'un Etat consacrant le siège réel vers un Etat d'incorporation puisque l'Etat d'accueil ne condamne pas la dissociation des sièges réel et statutaire. Une société française pourrait valablement transférer son siège réel en Angleterre mais la reconnaissance de cette société ne serait plus garantie en France où cette société serait perçue comme une nouvelle société à qui s'imposerait une nouvelle immatriculation au registre du commerce, point de départ en droit français de la personnalité juridique conformément à l'article L. 210-6 du Code de commerce⁶⁶¹. Dans ce cas précis, le transfert transfrontalier du siège social va soulever des problèmes de conflits de lois résolus par la

⁶⁶⁰ Le recours à la fraude par les Etats membres pour s'opposer au transfert du siège réel d'une société semble très hypothétique et difficilement recevable. Les intérêts impératifs de l'Etat membre doivent être menacés, de plus la mesure adoptée doit être proportionnée au but à atteindre.

⁶⁶¹ Cette obligation rapprocherait encore plus le droit français du système de l'incorporation en faisant de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés le point de départ de la jouissance de la personnalité morale. En effet, nous avons pu voir que le droit français consacre en réalité une conception du siège social très proche de l'incorporation en faisant du siège statutaire le siège auquel l'on doit se référer en cas de litige. En outre, l'examen attentif de la jurisprudence démontre que le siège réel n'intervient qu'en cas de fraude de la part des associés. Le transfert du siège réel d'une société constituée dans un Etat d'incorporation serait valable en France sauf si les tiers font usage de leur droit d'invoquer le siège réel de la société qui se situerait dans un Etat étranger.

technique du renvoi au second degré désignant la loi du siège statutaire⁶⁶². En revanche, le transfert du siège réel d'un Etat d'incorporation vers un Etat adoptant le siège réel semble plus compliqué. Le problème de droit est celui d'une société incorporée en Angleterre et qui souhaiterait transférer son siège réel en Allemagne. L'Etat d'origine ne s'oppose pas à un tel transfert mais il semble plus difficile d'admettre que le droit allemand puisse reconnaître cette société. Le droit allemand impose que la société possède son siège social sur le territoire allemand pour être légalement constituée. Cette hypothèse soulève un problème de reconnaissance de la société étrangère qui a été résolue par certains Etats européens qui ont accepté de reconnaître la société étrangère transférant son siège social sur leur territoire : l'Espagne, la Belgique ou l'Italie reconnaissent la société étrangère si elle possédait déjà son siège réel sur leur territoire⁶⁶³. Cette reconnaissance passe cependant par l'obligation faite à cette société d'adapter sa forme sociale ou son objet social aux exigences du droit local. Deux lois sont donc amenées à entrer en concurrence : la loi de l'Etat de constitution et la loi de l'Etat où se situe le siège réel au moment du transfert. Dans un arrêt du 12 novembre 1965⁶⁶⁴, la Cour de cassation reconnut une société constituée en Angleterre qui avait transféré son siège réel en Belgique dès lors que cette dernière avait répondu aux exigences posées par le droit belge et que les éléments essentiels de la société étaient préservés.

Le transfert international de siège social n'est pas la seule modalité de mobilité internationale faisant l'objet de lacunes juridiques au niveau du droit conventionnel. La fusion extra UE demeure toujours très difficile à réaliser.

⁶⁶² « *Banque ottomane* », arrêts préc. En l'espèce, la jurisprudence française a appliqué le renvoi au second degré pour désigner la loi étrangère du siège statutaire alors que le siège réel se situait dans un Etat d'incorporation.

⁶⁶³ Art. 5 de la loi espagnole sur les sociétés anonymes ; pour l'Italie, v. art. 25 de la loi du 31 mai 1995 ; l'article 56 du Code belge des sociétés et des associations dispose qu'« *une société dont le siège réel est en Belgique est soumise à la loi belge bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger* ». Cette disposition vise concrètement les sociétés constituées dans un pays d'incorporation alors que le véritable siège social se situe en Belgique. La société est reconnue malgré la dissociation des sièges réel et statutaire. Les Pays-Bas disposent également d'une législation relative aux pseudo-sociétés étrangères qui permet de soumettre les sociétés incorporées à l'étranger aux dispositions impératives néerlandaises dans la mesure où la société en question exerce l'essentiel de son activité aux Pays-Bas. Cette législation a pour objectif de protéger les tiers de la société mais aussi d'appliquer les lois de police et de sûreté si l'activité de la société porte atteinte à l'ordre public.

⁶⁶⁴ Cass. belge, 12 novembre 1965, arrêt préc.

B/ L'hypothèse de la fusion extra UE : un renvoi au droit international privé.

240. La fusion internationale est une opération difficilement réalisable, elle entraîne des problèmes de conflits de lois parfois insolubles. La fusion internationale va toucher la structure interne des sociétés candidates à cette opération de concentration. La difficulté principale qui résulte de la fusion extra UE est que la législation de chaque société participant à la fusion doit accepter et reconnaître cette modalité juridique. En droit français, la matière a été complétée par la directive CE n° 2005/56 du 26 octobre 2005 relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux qui a été transposée en droit français par les articles 1 à 7 de la loi du 3 juillet 2008⁶⁶⁵. En dehors du cadre de l'Union européenne⁶⁶⁶, il n'existe pas de règles juridiques applicables à la fusion internationale, aucune convention multilatérale n'a été signée à l'échelle internationale.

241. Quelle est la loi compétente pour régir le statut juridique des biens des sociétés absorbées ? Quelle est la loi applicable aux relations contractuelles d'une société absorbée lors de la fusion ? La première condition indispensable dans le processus juridique de la

⁶⁶⁵ Art. L. 236-25 et s. du Code de commerce. L'article L. 236-25 du Code de commerce dispose que « *les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés européennes immatriculées en France, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions simplifiées peuvent participer, avec une ou plusieurs sociétés ressortissant du champ d'application du paragraphe 1 de l'article 2 de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2005, sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux et immatriculées dans un ou plusieurs autres Etats membres de la Communauté européenne, à une opération de fusion dans les conditions prévues par les dispositions de la présente section ainsi que par celles non contraires des sections 1 à 3 du présent chapitre* ». Cet article renvoie au droit commun des fusions, sous réserve des dispositions particulières prévues pour les fusions transfrontalières.

⁶⁶⁶ Dixième directive n° 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux. L'article 230 du traité de Rome évoquait la fusion internationale et invitait les Etats membres à engager des négociations en vue de parvenir à une réglementation européenne en la matière, c'est dire tout l'enjeu que les Etats membres accordaient à la fusion internationale mais en raison de fortes divergences entre les législations nationales et le blocage de l'Allemagne en la matière, aucun consensus ne put être dégagé par l'Union européenne avant l'adoption de la dixième directive en 2005. Concernant la France, la directive ne s'applique qu'aux sociétés anonymes et non pas aux SAS. Cette directive a été complétée par la directive n° 90/434 du 23 juillet 1990 (JOCE n° 225/1 du 20 août 1990), dite « *fusions* », qui institue un régime fiscal propre aux fusions mais aussi aux scissions, apports partiels d'actifs et échanges d'actions entre sociétés de capitaux issues d'Etats membres différents. Ce régime fiscal est neutre, il n'y a donc pas de coûts élevés pour les sociétés participantes appartenant aux Etats membres de l'Union. La fusion ne donne pas lieu à l'imposition des plus-values latentes à condition qu'elles restent imposables dans la société nouvelle ou dans la société absorbante. La loi de finances pour 2005 a également introduit le principe de neutralité fiscale pour les opérations de fusions internationales : article 210 B 3 du Code général des impôts.

fusion est la reconnaissance de la ou des sociétés étrangères candidates à la fusion que ce soit par le biais du droit conventionnel ou bien par le droit commun. De plus, la fusion internationale est soumise à deux exigences cumulatives : d'une part, les sociétés participantes qui vont être dissoutes doivent recueillir le vote unanime de leurs associés ; d'autre part, les dirigeants sociaux doivent respecter de manière distributive et/ou cumulative les lois de chacune des sociétés participantes à l'opération de fusion, la plus sévère des lois nationales l'emportant⁶⁶⁷.

242. Concernant les droits des associés, le principe est l'application distributive des lois nationales des sociétés participantes. La loi de la société absorbée sera seule compétente pour déterminer les conditions et les modalités des droits des actionnaires des sociétés absorbées en matière de majorité et de quorum s'agissant du vote d'approbation de la fusion et sur l'éventuel droit de retrait. Cette compétence exclusive de la *lex societatis* de chaque société s'explique par le besoin de répondre au mieux aux attentes des actionnaires en leur conférant une protection continue, y compris lors d'un projet de fusion internationale. De façon symétrique, la fusion internationale doit respecter les droits des créanciers des sociétés impliquées dans l'opération de concentration. Si la fraude aux droits des créanciers anime la fusion internationale, les créanciers pourront en obtenir l'annulation.

243. La fusion internationale a pour conséquence principale la transmission universelle du patrimoine des sociétés absorbées à la société absorbante mais sans aucune liquidation de celles-ci. Les droits allemand et italien ont été les premiers à appréhender la question de la transmission universelle du patrimoine des sociétés absorbées⁶⁶⁸. D'après ces législations, la fusion entraîne automatiquement le transfert des créances des sociétés absorbées. Toutefois, les créanciers ont la possibilité de faire opposition et de réclamer certaines garanties en invoquant une éventuelle menace à leurs droits. La transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante ne produit d'effets que dans l'hypothèse où ce principe est reconnu par toutes les législations nationales des sociétés participant à l'opération

⁶⁶⁷ G. Beitzke, art. préc., *Rev. crit. DIP* 1967, p. 1.

⁶⁶⁸ Pour la loi allemande : *AKTg* 1937, § 233 et s. ; pour la loi italienne : article 2501 du *Code civile*.

de fusion : la règle est l'application cumulative des lois nationales des sociétés participantes. Dans ce cas précis, il faut appliquer les lois les plus sévères. En cas de violation des droits des créanciers, si l'une des lois nationales des sociétés participantes prévoit que le non-respect des droits des créanciers est la nullité de la fusion, le juge est tenu de prononcer la nullité de la fusion internationale même si sa propre loi nationale ne prévoit pas une telle sanction⁶⁶⁹. Le droit français pose également la règle de la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée. À ce titre, l'article 236-14 du Code de commerce dispose que « *la société absorbante est débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée au lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution entraîne novation à leur égard (...)* ». Outre le respect par toutes les lois nationales des sociétés participantes du principe de la transmission universelle du patrimoine des sociétés absorbées, il faut que la *lex rei sitae* admette aussi cette règle⁶⁷⁰. Si les biens de la société se situent sur le territoire d'un Etat qui ne reconnaît pas la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée, la fusion ne peut pas se réaliser.

§ 4. L'absence de réglementation du transfert transfrontalier du siège social en droit de l'UE : une possibilité offerte par la Cour de justice de l'Union européenne.

244. Il n'existe aucune réglementation en matière de transfert de siège social en droit de l'UE. Les difficultés à dégager un compromis acceptable par l'ensemble des Etats membres ont poussé les autorités de l'Union européenne à abandonner le projet de 14^{ème} directive relative au transfert transfrontalier du siège statutaire dans l'Union⁶⁷¹. Toutefois, la mobilité

⁶⁶⁹ G. Beitzke, art. préc., *Rev. crit. DIP* 1967, p. 8.

⁶⁷⁰ G. Beitzke, art. préc., p. 14 et s.

⁶⁷¹ Officiellement, le projet de 14^{ème} directive a été abandonné en 2007 lors d'une déclaration à Bruxelles du commissaire européen Mc Creevy. La 14^{ème} directive a fait l'objet d'un avant-projet diffusé de manière restreinte sous le nom de « *transfert de siège des sociétés d'un Etat membre à un autre avec changement de loi applicable au transfert de siège d'un Etat membre à un autre* ». L'objectif de ce projet était de permettre aux sociétés constituées selon la loi nationale d'un Etat membre de transférer leur siège social sans dissolution et création d'une personne morale nouvelle dans l'Etat d'accueil. Le projet prévoyait une application distributive des lois nationales des pays d'origine et d'accueil. La Commission européenne lança une consultation publique en février 2004 sur ce thème. Mais faute de consensus, le projet fut abandonné. L'une des raisons de l'abandon avancée par la Commission européenne est la jurisprudence déjà très fournie en la matière et qui, dans une certaine mesure, ne justifierait plus l'adoption d'un texte de droit de l'UE en matière de transfert intra UE du siège social. V. sur ce point, le projet de 14^{ème} directive présenté par le Club des juristes en novembre 2010 ; Club des juristes, sous-

des sociétés au sein de l'Union est garantie par la Cour de justice sur le fondement des articles 49 et 54 TFUE. La Cour de justice établit une distinction selon qu'il s'agit du siège statutaire ou du siège réel. Si l'Etat d'origine de la société est un adepte de la théorie de l'incorporation, un autre Etat membre ne peut pas s'opposer à l'implantation du siège réel de cette société sur son territoire, y compris si cette société va exercer l'ensemble de son activité sur son territoire⁶⁷². Le droit des sociétés de l'UE est essentiellement l'objet de directives et non de règlements. Cela s'explique par le fait que le règlement européen procède à une unification du droit des Etats membres qui peut être mal vécue ou interprétée par les Etats membres. En revanche, les directives sont plus souples puisqu'elles ne lient les Etats membres que par les objectifs à atteindre mentionnés. Degré moindre du rapprochement des droits nationaux, les directives tendent à une harmonisation des législations nationales. D'après un auteur⁶⁷³, l'adoption de directives pour élaborer un véritable droit supranational, et surtout structurel, des sociétés est un échec de l'Union européenne. Concrètement, l'étude du transfert transfrontalier du siège social en droit de l'UE passe par un examen de la jurisprudence de la CJUE relative à la liberté d'établissement des sociétés que ce soit dans le cadre de la modification de l'établissement principal des sociétés ou bien de la création d'un établissement secondaire. Peut-on admettre qu'une société puisse librement transférer son siège social dans un autre Etat membre au motif qu'elle accède au droit de libre circulation reconnue par le traité TFUE ?

groupe, « Mobilité des sociétés », Préambule au projet de 14^{ème} directive, novembre 2010, www.leclubdesjuristes.com

⁶⁷² CJCE, arrêts *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, *Sevic Systems AG*, préc.

⁶⁷³ H. le Nabasque, « Un droit européen des sociétés ? », in *Le droit privé européen*, sous la direction de P. de Vareilles-Sommières, Economica, Paris, 1998, v. spéc. chapitre 5, p. 78 ; O. Dufour, « Droit européen des sociétés : perspectives d'avenir », entretien avec P. Fombeur, *Bull. Joly sociétés* octobre 2008, n° 10, p. 744. Timidement, le droit de l'UE accumule les dispositions relatives au droit des sociétés et tente d'instaurer une certaine harmonisation des droits nationaux des Etats membres, le dernier exemple en date le plus intéressant est celui de la future SPE qui serait dotée d'un véritable statut autonome du droit de l'UE. V. également N. Lenoir et P.-H. Conac, « Rapport du groupe de réflexion sur le futur du droit européen des sociétés : vers un changement de cap ? », *D.* 7 juillet 2011, entretien, n° 26, 1808. Le parti pris par la Commission européenne lors de l'élaboration du projet de la future SPE semble orienter le droit des sociétés de l'UE vers une plus grande implication des institutions de l'Union européenne qui laisseraient donc aux Etats membres moins de marge de manœuvre. Il semblerait que seule une action verticale de l'Union européenne puisse permettre la création d'un véritable droit des sociétés de l'UE.

Section II : La modification de l'établissement principal des sociétés.

245. En application de la liberté d'établissement, toute société constituée conformément au droit national d'un Etat membre a la possibilité de transférer son établissement principal dans un autre Etat membre. Cette position repose sur une interprétation extensive de l'article 54 TFUE. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de justice n'a pas toujours fait preuve d'un tel libéralisme en faveur des sociétés commerciales (§ 1). En outre, l'adoption de la dixième directive du 26 octobre 2005 relative aux fusions intra UE des sociétés de capitaux a permis à la Cour de justice de faire de la fusion une modalité du transfert intra UE de siège social (§ 2).

§ 1. La position du droit de l'UE : effet direct de l'article 54 TFUE.

246. Le droit de l'UE consacre les principes de la reconnaissance mutuelle des sociétés et du traitement national. Chaque société d'un Etat membre exerçant une activité sur le territoire d'un autre Etat membre doit être traitée de façon identique que les sociétés constituées dans cet Etat. L'article 54 TFUE prévoit que toutes les sociétés constituées dans un Etat membre ont une liberté d'établissement au même titre que les personnes physiques « *ressortissantes des Etats membres* ». Cette assimilation va soulever le problème de la reconnaissance mutuelle des sociétés. Dès lors, à partir de quel moment une société peut-elle se dire ressortissante d'un Etat membre de l'Union européenne ? L'article 54 du traité TFUE a posé comme exigence la constitution de la société en « *conformité de la législation d'un Etat membre* »⁶⁷⁴. Les Etats membres peuvent néanmoins refuser de reconnaître une société qui posséderait en réalité son siège réel dans un Etat tiers à l'Union européenne. L'article 54 TFUE contient une règle implicite de condition des étrangers et de conflit de lois selon laquelle un Etat membre est tenu de reconnaître la société répondant aux exigences de cet article tout en laissant cette société soumise à la loi de l'Etat membre où elle s'est constituée.

⁶⁷⁴ L'article 54 TFUE dispose que « *les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des Etats membres (...)* ».

Il résulte de la rédaction de cet article qu'il existe une double condition à la reconnaissance mutuelle des sociétés : la société doit être constituée en conformité du droit d'un Etat membre peu importe le critère de rattachement pris en compte par cet Etat, il peut s'agir du siège réel ou de l'incorporation. De plus, la société en question doit posséder son siège social sur le territoire d'un Etat membre. Un auteur rapproche ce principe de la règle traditionnelle admise par la Cour internationale de justice qui attribue la protection diplomatique à l'Etat où la société s'est constituée et possède son siège social⁶⁷⁵. Cependant, en matière de reconnaissance, le droit de l'UE offre une certaine souplesse puisque la *lex societatis* de la société et la loi régissant son rattachement factuel peuvent différer et correspondre aux lois nationales de deux Etats membres différents. L'article 54 TFUE ne précise pas la portée de la liberté d'établissement accordée par le traité aux sociétés ressortissantes des Etats membres. Ce rôle est revenu à la Cour de justice qui a été amenée à le préciser dans le célèbre arrêt « *Daily Mail* » du 27 septembre 1988⁶⁷⁶ et dans sa jurisprudence ultérieure (A). L'adoption de la dixième directive du 26 octobre 2005 sur les fusions intra UE des sociétés de capitaux a été l'occasion pour la Cour de justice d'étendre un peu plus l'exercice de la liberté d'établissement. En outre, la jurisprudence de la CJUE n'a pas tenu compte des critiques adressées par les Etats membres : la libre circulation des sociétés dans l'Union européenne est en effet perçue comme un moyen d'éluder les dispositions impératives en matière sociale ou fiscale (B).

⁶⁷⁵ F. Rigaux, « Droit international privé et droit communautaire », in *Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn. L'internationalisation du droit*, Dalloz, 1994, p. 341. Cf. CIJ, « *Barcelona Traction* », 5 février 1970, *CIJ Rec.* 1970, p. 3, v. spéc. p. 42, § 70.

⁶⁷⁶ CJCE, « *Daily Mail* », 27 septembre 1988, *JCP* éd. E, I, n° 17867 ; *Rec CJCE*. p. 5483 ; *RTDE* 1989, p. 260, obs. Cartou ; *JDI* 1989, p. 429, note Boutard-Labarde ; Y. Loussouarn, « Le droit d'établissement des sociétés », *RTDE* 1990, p. 229 ; O. Loy, « Le marché unique et les sociétés », *DPCI* 1989, p. 249 ; M.-J. Domestini-Met, *Juris-Cl. Europe*, Fasc. n° 710, p. 16, n° 74.

A/ La position de la CJUE antérieure à l'adoption de la dixième directive relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux : l'arrêt « *Daily Mail* » du 27 septembre 1988.

247. Cet arrêt fut l'occasion pour la Cour de justice de se prononcer pour la première fois sur l'établissement principal des sociétés dans l'Union européenne. Le problème de droit était de déterminer, du point de vue du droit de l'UE, si les sociétés ont la possibilité de déplacer leur siège social pour des raisons d'opportunité juridique ou financière dans un Etat membre autre que celui dans lequel elles se sont constituées, tout en conservant leur personnalité morale. Peut-on admettre qu'une société déplace son siège social pour éluder l'application de certaines dispositions impératives de la loi sous l'empire de laquelle elle s'est constituée ? La liberté d'établissement prônée par le droit de l'UE n'entraîne-t-elle pas une concurrence juridique entre les Etats ? Quelle est l'étendue de la liberté d'établissement pour une société ressortissante d'un Etat membre ? La question du transfert du siège réel des sociétés a été implicitement confiée à la jurisprudence de la CJUE en l'absence d'une réglementation en la matière. La Cour de justice a procédé à une « *harmonisation négative* » du transfert intra UE du siège réel des sociétés⁶⁷⁷, le transfert du siège statutaire n'ayant pu faire l'objet d'un consensus entre les Etats membres. Le débat portait sur la reconnaissance d'une telle société : l'Etat d'accueil doit-il reconnaître ou non la société transférant son siège réel sur son territoire ? Dès lors que cette société est reconnue dans l'Etat d'accueil, la problématique est de déterminer la loi applicable à cette société, autrement dit la loi applicable aux conditions du transfert, son fonctionnement interne et sa dissolution éventuelle⁶⁷⁸.

248. La jurisprudence de la Cour de justice en matière de transfert du siège social en application de la liberté d'établissement doit s'analyser selon deux modalités : tout d'abord, le droit de sortie de sociétés, encore appelé le droit d'émigration ; ensuite, le droit d'entrée dans

⁶⁷⁷ A. Autenne et M. de Wolf, « La mobilité transfrontalière des sociétés en droit européen : le cas particulier du transfert de siège social. Regards croisés de droit des sociétés et de droit fiscal », *Cahiers de droit européen* 2007, n° 5-6, p. 647 et s.

⁶⁷⁸ S. Rameloo, « The Long and Winding Road towards Freedom of Establishment for Legal Persons in Europe », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* n° 169, 2003, cité par A. Autenne et M. de Wolf, art. précité, p. 659.

un autre Etat membre, appelé encore le droit d'immigration. La construction de la jurisprudence de la CJUE s'articule autour de ces deux notions. En droit anglais des sociétés, la société doit être constituée selon les lois anglaises pour bénéficier du rattachement à la loi anglaise, la localisation matérielle du siège réel n'a aucune incidence sur la loi applicable. Le droit anglais autorise la dissociation des sièges réel et statutaire contrairement à la position du droit français qui exige, outre la constitution de la société selon les dispositions du droit français des sociétés, la localisation matérielle du siège réel sur le territoire français. L'examen attentif de la position française démontre que celle-ci n'était pas si éloignée de la conception anglaise dans la mesure où le droit français prend en considération le siège statutaire, le siège réel n'intervenant qu'en cas de fraude de la part des fondateurs dans la localisation du siège social. D'un point de vue fiscal, le droit anglais de l'époque disposait que seules les sociétés ayant leur résidence fiscale en Angleterre étaient assujetties à l'impôt sur les sociétés, la résidence fiscale correspondait au siège de direction. En l'espèce, la société Daily Mail demandait le transfert de son siège social dans l'optique d'échapper à un impôt britannique frappant les plus-values sur revente de titres. Une loi de 1970 imposait aux sociétés ayant leur résidence fiscale au Royaume-Uni de demander l'autorisation au Trésor de transférer le siège de direction. Le Trésor s'opposa au transfert du siège de direction et lui reprocha également d'avoir entamé les démarches de transfert vers les Pays-Bas avant l'obtention de l'autorisation. Les Pays-Bas admettaient l'implantation à titre principal sur leur territoire de sociétés de droit étranger. Le juge anglais posa donc une question préjudicielle à la Cour de justice portant sur la possibilité, en vertu de traité CE, pour la société Daily Mail de transférer son siège réel dans un autre Etat membre sans aucune autorisation préalable, ou à défaut d'obtenir l'autorisation sans aucune condition⁶⁷⁹. Dans sa réponse, la Cour de justice refuse à la société le droit de contester la législation britannique en se fondant sur la liberté d'établissement instituée par les articles 43 et 48 du traité CE. Ces articles ne sauraient être interprétés comme conférant aux sociétés un droit de transférer leur siège réel et leur administration centrale dans un autre Etat membre tout en gardant leur qualité de société de l'Etat membre selon la législation de l'Etat en vertu duquel elles se sont constituées. Dans son

⁶⁷⁹ CJCE, « *Daily Mail* », arrêt préc., *Rec.* p. 5488. « *Les articles 52 et 58 du traité CEE s'opposent-ils à ce qu'un Etat membre interdise à une société (...) de transférer sans autorisation préalable ni approbation ledit siège dans un autre Etat membre ?* »

arrêt, la Cour de justice conclut que la liberté d'établissement ne peut être invoquée pour réaliser un transfert de siège réel contre la volonté d'un Etat⁶⁸⁰. Par conséquent, cet arrêt reconnaît la possibilité pour l'Etat membre auquel la société ressortit de s'opposer au transfert de son établissement principal ou siège réel dans un autre Etat membre. Contrairement aux personnes physiques, les personnes morales n'ont d'existence qu'à travers la législation qui détermine leur constitution et leur fonctionnement : elles sont rattachées à un ordre juridique national donné⁶⁸¹. Un Etat membre peut s'opposer ou autoriser, selon ses propres conditions, le maintien de la personnalité juridique des sociétés rattachées à sa loi qui souhaiteraient transférer leur siège réel à l'étranger.

Cette jurisprudence « *Daily Mail* » a eu pour conséquence de restreindre fortement la liberté d'établissement des sociétés au sein de l'Union européenne en légitimant les obstacles à l'émigration à titre principal des sociétés, c'est-à-dire de transférer leur siège réel. La seule explication plausible à une telle jurisprudence serait d'empêcher que l'Etat d'origine ne perde le contrôle fiscal des sociétés qui lui sont rattachées.

B/ Les risques de l'évasion fiscale et de la course au *law shopping*.

249. De façon surprenante et en contradiction avec le principe de la liberté d'établissement des sociétés dans l'espace européen, la Cour de justice condamna la volonté d'une société britannique de déplacer son siège réel vers un autre Etat membre (1). Néanmoins, la Cour de Luxembourg changea sa jurisprudence et admit que la liberté d'établissement en matière sociétaire puisse être utilisée à des fins fiscales (2).

⁶⁸⁰ V. les conclusions de l'avocat général Darmon présentées le 7 juin 1988, aff. 81/87, « The Queen c/ H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc », *Recueil CJCE* p. 5483.

⁶⁸¹ C. Gavalda et G. Parléani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Manuel, 5^{ème} éd., Litec, 2006, 570 p., v. spéc. n° 233, p. 152 et s.

1. Le refus du transfert en cas de fraude à la loi fiscale.

250. La Cour de justice accepta que l'Etat d'origine de la société puisse s'opposer à un tel transfert de siège social en le soumettant à des conditions précises et/ou à une autorisation préalable. Cette décision peut s'interpréter comme une application des lois de police et de sûreté de l'Etat d'origine de la société : la possibilité pour une société rattachée à un ordre juridique déterminé de déplacer son siège réel dans un autre Etat membre peut s'analyser comme une atteinte à l'ordre public. Cela étant dit, peut-on véritablement opposer à une société le droit de déplacer son siège effectif dans un autre Etat membre pour des motifs supposés de fraude fiscale⁶⁸² ? La recherche de la législation la plus adaptée aux besoins de la société n'est-elle pas liée intrinsèquement à la mobilité internationale, et en particulier intra UE ? D'après la Cour de justice, il appartient à l'Etat membre où la société est rattachée de déterminer les conditions de migration de ses sociétés, il s'avère donc que la loi nationale peut s'opposer à ce transfert. Cette jurisprudence de la Cour de justice a posé en outre la question des restrictions admises à l'exercice de la liberté d'établissement dans l'Union européenne. Un autre point essentiel de l'arrêt « *Daily Mail* » est qu'il a pu anéantir le risque d'un *law shopping* et d'un *forum shopping* au sein de l'Union européenne en empêchant les sociétés ressortissantes d'un Etat membre de déplacer leur siège réel dans un autre Etat membre pour des motifs d'optimisation juridique et fiscale. Néanmoins, là encore, se pose la question du respect de la liberté d'établissement telle que prônée par les articles 49 et 54 TFUE. D'après la Commission européenne, l'article 52 du traité CEE – article 49 TFUE – autorise parfaitement le transfert du siège réel pour les sociétés constituées dans un Etat consacrant la théorie de l'incorporation. La localisation du siège réel n'a pas d'incidence sur la loi applicable à la société, c'est-à-dire celle de l'Etat où les formalités de constitution ont été faites par les

⁶⁸² Pour une définition de la notion d'évasion fiscale : cf. M. Menjucq, thèse préc., n° 469. En droit français, belge et allemand, l'évasion fiscale peut se définir comme la pratique de « celui qui, cherchant à bénéficier d'un avantage fiscal ou à se soustraire à un régime fiscal défavorable, recourt, sans toutefois enfreindre ouvertement aucune disposition légale, à des procédés consistant à déguiser la réalité de ces opérations sous une apparence dont est induite la qualification fiscale produisant l'effet recherché » (v. G. Gest et G. Tixier, *Droit fiscal international*, 2^{ème} éd., PUF, Paris, 1995, 127 p., v. n° 23, p. 24). Le droit anglo-saxon se distingue en introduisant une nuance dans la définition de l'évasion fiscale : il s'agirait de « l'art d'éviter l'impôt sans réellement enfreindre la loi » (Wheatcroft, « The attitude of the Courts and Legislature to tax avoidance », *Modern Law Review* 1955, p. 209). Cette définition se distingue de la fraude fiscale dans la mesure où il n'y a pas de violation directe de la loi.

associés. La Commission poursuit en affirmant qu'aucune dérogation au principe de l'article 43 CE n'est permise même « *pour des raisons tenant au risque d'évasion fiscale* »⁶⁸³. Dans sa décision « *Daily Mail* », la Cour de justice adhère à cet avis en énonçant que « *l'article 52 serait vidé de sa substance si l'Etat d'origine pouvait interdire aux entreprises de partir en vue de s'établir dans un autre Etat membre* ». Toutefois, contre toute attente, la Cour de Luxembourg a fait droit à la demande du Royaume-Uni en lui permettant d'interdire à une société de déplacer son siège réel dans un autre Etat membre pour des raisons fiscales. Comment expliquer une telle décision ? Le motif pris de l'évasion fiscale est-il recevable en droit de l'UE ? *A priori*, rien ne semble justifier cette solution si ce n'est l'intérêt des Etats à se prémunir d'une fraude à la loi fiscale. Or, nous avons pu voir qu'une telle position de la part des Etats membres est contraire à l'article 49 TFUE (ex. article 43 CE). Concrètement, la Cour de Luxembourg fonde sa décision sur le fait que chaque société est rattachée à un ordre juridique national qui peut refuser le transfert de siège social et le changement de loi applicable⁶⁸⁴. En outre, et c'est là que la solution est le plus critiquable, la Cour établit une distinction entre le transfert du siège social et la liberté d'établissement. Comment consacrer la liberté de circulation des sociétés ressortissantes des Etats membres au sein de l'Union européenne si la modalité principale de cette mobilité n'est pas autorisée ? Cependant, la Cour de justice ne condamne pas le transfert du siège réel dans un autre Etat membre : elle le conditionne à l'autorisation de l'administration fiscale si une telle autorisation existe dans le droit interne de l'Etat membre. Or, il suffirait qu'un Etat membre décide de soumettre à autorisation du fisc le transfert du siège réel pour interdire tout départ des sociétés de cet Etat dans un autre Etat membre. La Cour de Luxembourg justifia sa position en retenant qu'aucun accord n'avait été signé entre les Etats membres concernant le transfert du siège social, qu'il s'agisse du siège réel ou statutaire. Dès lors, pour la Cour de justice, la seule solution envisageable est d'interpréter les articles 52 et 58 CEE comme ne « *conférant pas, en l'état actuel, du droit communautaire, le droit à une société de transférer son siège de direction dans un autre Etat membre* ».

⁶⁸³ CJCE, « *Daily Mail* », arrêt préc., Rec. p. 5498.

⁶⁸⁴ Point 19 de l'arrêt « *Daily Mail* », préc. D'après la CJCE, les personnes morales « *sont des entités créées en vertu d'un ordre juridique* ». Par conséquent, les sociétés n'ont « *d'existence qu'à travers les différentes législations qui en déterminent la constitution et le fonctionnement* ».

2. Le revirement de la jurisprudence de la CJUE en matière d'exercice de la liberté d'établissement à des fins purement fiscales.

251. En matière fiscale, la jurisprudence de la CJUE présente une particularité selon laquelle la liberté d'établissement peut être restreinte par l'Etat d'origine de la société si celle-ci résulte d'un montage juridique artificiel ayant pour unique but d'éluder les dispositions fiscales nationales⁶⁸⁵. Toutefois, la Cour de Luxembourg a été amenée à affirmer la supériorité de la liberté d'établissement en matière sociétaire sur les dispositions fiscales des Etats membres. La seule réserve admise est celle d'un montage purement fictif pour contourner les dispositions fiscales de la loi nationale de la société invoquant l'exercice de la liberté d'établissement. Ainsi, dans l'arrêt du 16 juillet 1998, la Cour a estimé « *que la décision de s'établir dans tel Etat membre peut parfaitement avoir un but fiscal* »⁶⁸⁶. Sur ce point, la doctrine européenne a pu voir un rapprochement de la jurisprudence en matière de liberté d'établissement sociétaire et de fiscalité des sociétés⁶⁸⁷. Dans l'arrêt « *Marks and Spencers* »⁶⁸⁸ du 13 décembre 2005, la Cour de Luxembourg a condamné l'Angleterre et affirmé la supériorité de la liberté d'établissement en matière sociétaire sur les dispositions fiscales des Etats membres. En l'espèce, une disposition fiscale du droit anglais interdisait aux sociétés résidentes de déduire de leur bénéfice imposable les pertes subies par leurs filiales implantées à l'étranger, alors que cette opération est permise pour les sociétés résidentes. Dans un premier temps, la Cour énonce qu'il existe bien une atteinte à la liberté d'établissement par l'Etat d'origine de la société, dès lors que « *l'exclusion d'un tel avantage en ce qui concerne des pertes subies par une filiale établie dans un autre Etat membre (...) est de nature à entraver l'exercice par celle-ci de sa liberté d'établissement, en les dissuadant de*

⁶⁸⁵ J. Turot, « L'article 209 B est-il soluble dans le droit communautaire ? », *RJF* décembre 1998, p. 940 et s., v. spéc. p. 948.

⁶⁸⁶ CJCE, 16 juillet 1998, « *Imperial Chemicals Industries* », aff. C-264/96, *Rec.* p. I-04695. Pour un commentaire de l'arrêt, v. J. Turot, art. précité. La Cour de justice affirme que le libre établissement « *s'oppose à une législation d'un Etat membre qui, en ce qui concerne les sociétés établies dans cet Etat membre qui font partie d'un consortium au travers duquel elles détiennent une société holding et exercent leur droit de libre établissement pour créer par l'intermédiaire de cette société holding des filiales dans d'autres Etats membres, subordonne le droit à un dégrèvement fiscal à la condition que l'activité de la société holding consiste à détenir uniquement ou principalement les actions de filiales établies dans l'Etat membre concerné* ».

⁶⁸⁷ En ce sens : T. Mastrullo, *Le droit international des sociétés dans l'espace européen*, thèse Aix-en-Provence, PUAM, 2009, coll. de l'institut de droit des affaires, 641 p., v. spéc. p. 405, n° 901.

⁶⁸⁸ CJCE, 13 décembre 2005, « *Marks and Spencers c/ David Halsey* », aff. C446/03, *Rec.* p. I-10837.

créer des filiales dans d'autres Etats membres », ce qui « *constitue ainsi une restriction à la liberté d'établissement au sens des articles 43 CE et 48 CE* ». Néanmoins, la Cour constate que la réglementation anglaise n'est pas *a priori* contraire aux dispositions du traité CE : celle-ci « *poursuit des objectifs légitimes compatibles avec le traité et relevant de raisons impérieuses d'intérêt général et (...) est propre à garantir la réalisation desdits objectifs* »⁶⁸⁹. Finalement, la Cour de justice condamne la législation britannique contraire à la liberté d'établissement sur ce point précis. Celle-ci est jugée disproportionnée dans l'hypothèse où « *la filiale non-résidente a épuisé les possibilités de prise en compte des pertes qui existent dans son Etat de résidence au titre de l'exercice fiscal concerné par sa demande de dégrèvement ainsi que des exercices fiscaux antérieurs* », et où « *il n'existe pas de possibilité pour que les pertes de la filiale étrangère puissent être prises en compte dans son Etat de résidence au titre des exercices futurs soit par elle-même, soit par un tiers, notamment en cas de cession de la filiale à celui-ci* »⁶⁹⁰. Consciente des répercussions en matière fiscale pour les Etats membres en cas de transfert du siège réel des sociétés ressortissantes à ces Etats, la décision « *Marks and Spencers* » a fait l'objet d'une communication aux instances de l'Union européenne le 19 décembre 2006⁶⁹¹.

252. La même solution a été retenue par la Cour de justice dans l'arrêt « *Cadbury Schweppes* » du 12 septembre 2006⁶⁹². En l'espèce, la législation fiscale anglaise

⁶⁸⁹ Point 51 de l'arrêt « *Marks and Spencers* », préc.

⁶⁹⁰ Point 55 de l'arrêt « *Marks and Spencers* », préc.

⁶⁹¹ Communication relative au « *Traitement fiscal des pertes dans les situations transfrontalières* » (COM 2006, final) et transmise à la Commission européenne, au Parlement européen et au Conseil économique et social européen le 19 décembre 2006. Cette communication a pour objet de donner des pistes d'études aux Etats membres « *quant à la manière dont ces derniers peuvent permettre la compensation transfrontalière des pertes subies au sein d'une même société (...) ou au sein d'un groupe de sociétés* ».

⁶⁹² CJCE, 12 septembre 2006, « *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c/ Commissioners of Inland Revenue* », aff. C-196/04, Rec. p. I-7995. En matière de fiscalité et de libre établissement, la jurisprudence de la CJCE sera constante :

- l'arrêt « *Société Saint-Gobain* » du 21 septembre 1999 (CJCE, aff. C-303/97, Rec. p. I-6161 ; Bull. Joly 2000, p. 276 et s., note D. Berlin ; JDI 2000, p. 486 et s., obs. M. Luby ; Rev. Europe, 1999, comm. n° 381, obs. L. Idot). Dans cette affaire, la CJCE a décidé que les règles fiscales allemandes relatives à la perception de dividendes ou la détention de participations devaient être identiques pour les sociétés résidentes ou non-résidentes en affirmant, dans le point n° 44, que « *la différence de traitement dont font l'objet les succursales de sociétés non-résidentes par rapport aux sociétés résidentes ainsi que la restriction apportée à la liberté du choix de la forme de l'établissement secondaire doivent s'analyser comme une seule et même violation des articles 52 CEE et 58 CEE* ». Le bénéfice de l'égalité de traitement va jusqu'à inclure le bénéfice des traités internationaux conclus par l'Allemagne puisque la Cour énonce que « *s'agissant d'une convention de double imposition conclue entre un Etat membre et un pays tiers, le principe du traitement national impose à l'Etat membre partie à ladite*

était en cause en ce qu'elle prévoit la taxation des sociétés résidentes du Royaume-Uni pour les bénéfices réalisés, même non distribués, par leurs filiales implantées à l'étranger et détenues à plus de 50 % (le droit anglais les appelle « sociétés étrangères contrôlées » ou « SEC »), lorsque ces filiales sont soumises dans leur Etat d'établissement à une imposition inférieure d'au moins un quart à celle à laquelle elles seraient soumises au Royaume-Uni si elles y résidaient. Cette position du droit anglais fut condamné par la Cour de Luxembourg qui énonça que « *le traitement fiscal distinct découlant sur les SEC et le désavantage qui en résulte pour les sociétés résidentes qui disposent d'une filiale soumise, dans un autre Etat membre, à un niveau inférieur d'imposition sont de nature à entraver l'exercice de la liberté d'établissement par de telles sociétés, en les dissuadant de créer, d'acquérir ou de maintenir une filiale dans un Etat membre dans lequel celle-ci se trouve soumise à un tel niveau d'imposition. Ils constituent ainsi une restriction à la liberté d'établissement au sens des articles 43 CE et 48 CE* »⁶⁹³. La solution de la Cour est cependant nuancée dans le cas de figure où la « société étrangère contrôlée » présenterait « *le caractère d'un montage purement artificiel* »⁶⁹⁴. Le principe est celui de l'exercice de plein droit de la liberté d'établissement sociétaire mais à la condition que cette démarche n'ait pas pour unique but d'éluder les dispositions fiscales impératives de la loi nationale de la société. Dans cet arrêt, la position de la Cour de justice est des plus explicites puisqu'elle dit clairement que la circonstance que la société en cause ait décidé de s'installer en Irlande, par l'intermédiaire de filiales, « *dans le but avoué de bénéficier du régime fiscal favorable que procure un tel établissement ne*

convention d'accorder aux établissements stables de sociétés non-résidentes les avantages prévus par la convention aux mêmes conditions que celles qui s'appliquent aux sociétés résidentes ».

- ou encore l'arrêt « *Denkavit Internationaal BV et Denkavit France SARL c/ Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie* » du 16 décembre 2006, aff. C-170/05, Rec. p. I-11949. En l'espèce, la CJCE a jugé qu'« *une législation nationale qui, en ce qu'elle fait supporter le poids d'une imposition de dividendes à une société mère non résidente en dispensant presque totalement les sociétés mères résidentes, constitue une restriction discriminatoire à la liberté d'établissement* » (point 41).

⁶⁹³ Point 46, arrêt préc.

⁶⁹⁴ Point 68, arrêt préc.

constitue pas, par elle-même, un abus »⁶⁹⁵. Autrement dit, « *l'évasion fiscale est loin d'être présumée et aisément sanctionnable dans l'espace européen* »⁶⁹⁶.

253. En matière fiscale, la fraude n'est avérée que dans le cas où la société met en œuvre un montage purement artificiel⁶⁹⁷. La Cour de justice n'a cessé d'encourager la mobilité fiscale des sociétés en faisant en sorte que les sociétés nationales et ressortissantes des autres Etats membres soient « *en principe dans des situations objectivement comparables* »⁶⁹⁸. En effet, la Cour de Luxembourg condamne systématiquement toute discrimination envers une société ressortissante d'un autre Etat membre, la matière fiscale faisant à elle seule l'objet d'une réserve en cas de fraude avérée. La Cour de justice admet que la fiscalité des sociétés est une matière qui relève de la compétence des Etats membres, cependant elle s'arroge le droit de contrôler que les dispositions fiscales d'un Etat membre ne portent pas atteinte à la liberté d'établissement des sociétés ressortissantes des Etats membres en créant une discrimination à l'égard des sociétés ressortissantes des autres Etats membres⁶⁹⁹. Cependant, un revirement de jurisprudence a fait de la fraude fiscale une simple présomption reposant sur l'existence d'un montage juridique purement artificiel de la société pour éluder l'application de la loi fiscale de son Etat d'origine. Toutefois, l'Etat d'origine de la société invoquant le libre établissement dans un autre Etat membre conserve une petite marge de manœuvre et peut empêcher sa société de recourir au droit d'établissement comme dans l'hypothèse de l'évasion fiscale⁷⁰⁰. Le transfert du siège réel d'une société ressortissante d'un Etat membre peut toujours être refusé si cette société ne respecte pas certaines dispositions impératives en matière fiscale. Mais, là encore, la liberté d'établissement va primer sur la fiscalité des Etats

⁶⁹⁵ Point 38, « *Cadbury Schweppes* », arrêt préc.

⁶⁹⁶ T. Mastrullo, thèse préc., n° 901, p. 403.

⁶⁹⁷ Sur ce point précis, nous verrons que la jurisprudence de la CJCE a fait de la fraude à la loi en matière de libre établissement une notion purement hypothétique et vide de sens.

⁶⁹⁸ M. Wathelet, « Refus d'harmonisation fiscale et condamnations de la Cour de justice : cohabitation diabolique ? », *RJF* juillet 2005, p. 469 et s.

⁶⁹⁹ CJCE, 4 octobre 1991, « *Commission des Communautés européennes contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord* », aff. C-246/89, *Rec.* p. I-4585 ; CJCE, 14 février 1995, « *Finanzamt Köln-Altstadt contre Roland Schumacher* », aff. C-279-93, *Rec.* p. I-225 ; CJCE, 29 avril 1999, « *Royal Bank of Scotland plc contre Eliniko Dimosio (Etat hellénique)* », aff. C-311/97, *Rec.* p. I-2651 ; CJCE, 6 mars 2007, « *Wienand Meilike, Heidi Christa Weide et Mariana Stöffler contre Finanzamt Bonn-Innenstadt* », aff. C-292-04, *Rec.* p. I-1835.

⁷⁰⁰ J.-Ph. Dom, note sous CJCE, 30 septembre 2003, « *Kamel van Koophandel en Fabricken voor Amsterdam c/ Inspire Art Ltd* », aff. C-167/01, *Rev. soc.* 2004, p. 135 et s. L'auteur précise, à juste titre, que « *la barrière à la sortie reste (...) envisageable* ».

membres puisque la jurisprudence de la Cour de Luxembourg en matière fiscale rejoint largement la jurisprudence relative à la liberté d'établissement⁷⁰¹.

La jurisprudence ultérieure de la Cour de justice en matière d'établissement à titre secondaire est nettement plus libérale. En effet, la Cour de justice a toujours permis aux sociétés ressortissantes d'un Etat membre de se déplacer dans un autre Etat membre à titre secondaire par l'implantation d'un établissement secondaire. Le droit de sortie d'une société vers un autre Etat membre a été accepté par la Cour de justice suite à l'adoption de la dixième directive du 26 octobre 2005 sur les fusions de sociétés de capitaux dans l'Union européenne. En la matière, l'arrêt « *Sevic Systems AG* »⁷⁰² du 13 décembre 2005 de la Cour de justice a été l'occasion d'interpréter la directive et de reconnaître le droit pour une société ressortissante d'un Etat membre de transférer indirectement son siège social, par le biais d'une fusion intra UE, dans un autre Etat membre.

§ 2. Les modifications apportées par la dixième directive n° 2005/56/CE du Conseil du 26 octobre 2005.

254. La réglementation de l'Union européenne en matière de fusions de sociétés remonte aux années 70 avec l'adoption de la troisième directive CEE n° 78/855 du 9 octobre 1978 relative aux fusions des sociétés anonymes (SA)⁷⁰³. L'objet de cette directive était d'harmoniser les législations internes des Etats membres en matière de fusions de sociétés

⁷⁰¹ G.-J. Vossestein, « Exit restrictions on freedom of establishment after Marks and Spencers », *EBOR*, 7 : 4/2006, p. 863 et s. ; G. Burwitz, « Tax consequences of the Migration of Companies : a practitioner's Perspective », *EBOR*, 7 : 2/2006, p. 589 et s.

⁷⁰² CJCE, 13 décembre 2005, aff. C-411/03, « *Sevic Systems AG - Security Vision Concept SA* », *Rec.* p. I-10805.

⁷⁰³ *JOCE* n° L. 295, 20 octobre 1978. L'article 220 alinéa 3 du traité CEE faisait référence à l'opportunité de développer un concept transnational de fusion et visant des sociétés soumises à des régimes juridiques différents. Dans son Mémoire du 1^{er} décembre 1965 (*RTD Europe* 1966, p. 651), la Commission européenne énonce que les entreprises doivent « s'adapter, par leur croissance interne ou par fusion avec d'autres entreprises, à ce marché plus vaste. Le renforcement de leur capacité concurrentielle leur est également profitable dans la compétition internationale avec les grandes entreprises des pays tiers ». Cependant, « si une attitude positive vis-à-vis des concentrations s'impose (...), il faut en même temps que le jeu des règles de concurrence du Traité fasse que les PME puissent conserver leur rôle spécifique et que soit empêché l'abus de position dominante (...) ».

anonymes. Cette directive est une des plus abouties en matière sociétaire puisqu'elle dépasse le simple stade de la coordination des droits internes en instaurant une règle uniforme pour les fusions, même s'il est vrai qu'elle ne concerne qu'une seule forme sociale, à savoir les sociétés anonymes. Dans l'esprit de la Commission, la troisième directive sur les fusions internes des SA aurait dû concerner également les fusions transfrontalières⁷⁰⁴ : la libre circulation des entreprises passe nécessairement par la liberté d'établissement et par la possibilité de réaliser des fusions intra UE sans perte de la personnalité morale. Cette directive a été très attendue par les milieux d'affaires, en particulier depuis la jurisprudence « *Daily Mail* »⁷⁰⁵ de la Cour de justice relative à la liberté d'établissement. En outre, la pratique commerciale contourna l'impossibilité d'effectuer des fusions internationales en recourant à des opérations dont les résultats sont assez proches de la fusion ou d'un transfert transfrontalier du siège social. Les prises de participation ou de contrôle, les scissions, la création de holdings ou d'entreprises communes constituent des modes de concentration permettant à des sociétés de s'implanter sur les marchés internationaux. En droit français, le régime juridique de la fusion intra UE a été transposé par la loi du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit français au droit de l'Union européenne⁷⁰⁶. Cette loi prévoit un domaine de compétence assez large et proche de celui applicable à la SE⁷⁰⁷. La compréhension de la dixième directive en matière de fusions de sociétés de capitaux passe par un rapide exposé des principales dispositions qu'elle contient et de son esprit (A). La mise en œuvre de la directive a eu lieu très rapidement puisque la Cour de Luxembourg interpréta pour

⁷⁰⁴ C. Gavalda et G. Parléani, *Droit des affaires de l'Union européenne, op. cit.*

⁷⁰⁵ Arrêt préc.

⁷⁰⁶ J.O. 4 juillet 2008, p. 10705. Cette loi introduit huit nouveaux articles dans le Code de commerce : articles L. 236-25 à L. 236-32. Avant cela, la loi n° 2005/842 du 26 juillet 2005 portant sur la confiance et la modernisation de l'économie avait introduit un certain nombre de dispositions qui facilitent la fusion. Les articles L. 229-2 et suivants du Code de commerce organisent le transfert du siège social dans un autre Etat membre de toute société régulièrement immatriculée au registre du commerce. H. le Nabasque, « Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-648 du 3 juillet 2008 », art. précité ; T. Mastrullo, « La transposition en droit français de la directive sur les fusions transfrontalières : une avancée et des regrets » *Rev. Europe* n° 8-9, août-septembre 2009, § 8, p. 5. D'après cet auteur, un des points faibles de la directive est l'adoption du principe « avant-après » pour l'application du régime de cogestion des salariés, toutes les obligations d'information alourdissent, ralentissent et rendent donc plus chère l'opération de fusion intra UE.

⁷⁰⁷ C. Cathiard, « Le régime des fusions transfrontalières depuis la loi du 3 juillet 2008 », *Rev. soc.* octobre 2008, p. 8 ; C. Cathiard, D. Andres et J. Mestoudjian, « La pratique des fusions transfrontières : règlement (CE) n° 2157/2001 et directive n° 2005/56/CE : éclairage juridique, social et fiscal », *Bull. Joly sociétés* septembre 2010, n° 9, § 166, pp. 794-795.

la première fois la directive dans l'arrêt « *Sevic Systems AG* » du 13 décembre 2005⁷⁰⁸ (B).

A/ L'adoption de la dixième directive sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux.

255. L'acheminement vers cette réglementation a rencontré des problèmes de taille. Le premier problème est celui de la nationalité des sociétés. La nationalité des sociétés absorbées est-elle remise en question ?

1. Les raisons du blocage de l'adoption de la dixième directive.

256. En droit français⁷⁰⁹, à défaut d'accord ou de convention internationale, la société peut décider du transfert du siège social à l'étranger à défaut d'accord avec l'Etat d'accueil en recourant aux modalités de vote de droit commun, c'est-à-dire à la majorité absolue des associés. En outre, il existe de fortes divergences entre les législations nationales en matière de fusion transfrontalière. Ainsi, la législation de certains Etats membres est assez souple comme celle de la Belgique ou du Luxembourg qui n'exigent pas de projet de fusion, d'autres Etats européens imposent un projet préalable à la décision de fusion des assemblées compétentes – c'est le cas de la France – ou postérieur à la fusion comme en Allemagne ou en Italie⁷¹⁰. Certains Etats imposent également un contrôle de légalité qui est confié soit à une autorité judiciaire, soit à un officier ministériel comme un huissier de justice. Une autre difficulté soulevée par l'élaboration d'une réglementation des fusions intra UE est d'ordre fiscal. Comment concilier l'intérêt fiscal de chaque Etat membre et la possibilité pour les sociétés ressortissantes des Etats membres de fusionner sans les conséquences fiscales du transfert du siège social à l'étranger ? À défaut d'un régime fiscal propre à la fusion intra UE,

⁷⁰⁸ Arrêt préc.

⁷⁰⁹ Art. L. 225-97 du Code de commerce.

⁷¹⁰ R. Routier, *Les fusions de sociétés commerciales. Prolégomènes pour un nouveau droit, les rapprochements*, coll. Thèses, LGDJ, Paris, 1994, 332 p., n° 417, p. 139 et s.

un projet en ce sens n'a aucun intérêt pour les sociétés ressortissantes des Etats membres. Enfin, la dernière difficulté rencontrée concernait la protection des associés mais aussi des tiers et des salariés. Comment garantir que le projet de fusion internationale n'ait pas pour objet d'éluder l'application de dispositions impératives en matière de protection des créanciers ou des salariés ? La sortie de cette impasse passait nécessairement par l'instauration de règles matérielles communes à tous les Etats membres. La troisième directive de 1978 sur les fusions internes de sociétés anonymes a fait le premier pas vers cette uniformisation en instaurant certaines règles matérielles mais à un niveau minimal. Complétant la réglementation en matière de fusion intra UE, la directive du 26 octobre 2005 sur les fusions de sociétés de capitaux instaure un certain nombre de règles matérielles inspirées du règlement du 8 octobre 2001 relatif à la SE et qui concernent le projet de fusion, la publicité et l'expertise de validité de la fusion. Cette directive autorise les fusions dès lors que la législation des Etats membres des sociétés candidates à une telle opération autorise la fusion. La particularité de cette directive est l'application des règles nationales des Etats concernés par le projet de fusion. Si la fusion vise la création d'une SE, la directive du 26 octobre 2005 va imposer le respect des règles relatives à la participation des travailleurs en vigueur dans l'Etat membre où le siège statutaire se situe. En outre, de façon indirecte s'agissant de la fusion intra UE, la directive « fusions » n° 2005/191/CE du 17 février 2005⁷¹¹, modifiant la directive n° 90/434 du 23 juillet 1990⁷¹², reconnaît la neutralité fiscale du transfert de siège social dans l'Union européenne.

⁷¹¹ La directive n° 2005/191/CE du 17 février 2005 modifiant la directive n° 90/434/CEE (*JOCE* n° L 225, 20 août 1990, p. 1 et s.) concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents a été publiée le 4 mars 2005 (*JOUE* n° L 58, 4 mars 2005). Il s'agissait de prendre en considération l'apparition en droit de l'UE de la SE et de la SCE (société coopérative européenne), ces dernières sont en mesure de transférer leur siège statutaire dans un autre Etat membre sans aucune dissolution ou liquidation et en bénéficiant du report d'imposition. Dans le même sens, l'article 74 de la loi de finances pour 2005 avait supprimé l'obstacle fiscal résultant de l'assimilation du transfert transfrontalier du siège social à la cessation d'activités. Cet article s'applique aux transferts de sièges sociaux intervenus à compter du 31 décembre 2004 et vise à supprimer les entraves fiscales posées par le législateur français à la mobilité des sociétés dans les autres Etats membres de l'Union européenne. Cette disposition a été codifiée à l'article 210 B3 du CGI. Cf. également sur l'aspect fiscal des opérations de fusions : S. Austry, « Fusions et conventions fiscales », *R. J. com.* juillet-août 2011, n° 4, p. 373. En effet, pour les fusions internationales, les problèmes fiscaux tournent très souvent autour de l'application de la directive fusions du 23 juillet 1990 ou des principes du droit de l'UE.

⁷¹² Directive n° 90/434/CEE, *JOCE* n° L 225, 20 août 1990, p. 1.

2. La combinaison de règles matérielles et de conflit de lois dans la mise en œuvre de la directive.

257. Une harmonisation optimale de la fusion intra UE passe nécessairement par l'instauration de règles matérielles identiques dans tous les Etats membres. En la matière, nous avons pu voir que l'élaboration d'un véritable droit de l'UE des sociétés aurait dû se faire au moyen des règlements du droit de l'UE, instruments d'effet direct dans la législation des Etats membres. La directive du 26 octobre 2005 combine l'application de règles matérielles mais aussi de règles de conflit de lois⁷¹³. Sur ce point précis, le texte final de la directive marque un certain recul par rapport à la proposition présentée par la Commission européenne en 2003⁷¹⁴. Il était prévu initialement que le texte de la directive comporterait un grand nombre de règles matérielles afin de garantir un régime juridique uniforme à la fusion intra UE. Cependant, comme pour le projet de convention sur la fusion internationale des sociétés présenté en 1973, les Etats membres ont été plus ou moins réticents à l'uniformisation du régime juridique de la fusion⁷¹⁵. L'article 2 de la proposition de la Commission de 2003 prévoyait que la fusion des sociétés dans l'Union européenne serait soumise à une seule loi. Finalement, l'article 4 de la directive de 2005 consacré aux « conditions liées aux fusions transfrontalières » met en œuvre une application distributive des lois nationales des sociétés participantes à l'opération de fusion internationale⁷¹⁶. Cela étant

⁷¹³ M. Menjucq, « Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux », *RLDA* mai 2006, p. 10 et s. L'article 5 de la proposition de directive dispose que le projet de fusion doit être écrit et qu'il doit contenir les indications prévues par la directive sur les fusions internes, mais que la forme authentique ne sera obligatoire que si la loi nationale de l'une des sociétés participantes à l'opération de fusion l'impose. La même combinaison se déduit de la rédaction de l'article 11 qui instaure une règle de conflit en disposant que « la législation de l'Etat membre dont relève la société absorbante détermine la date à laquelle la fusion prend effet ». La disposition est complétée par une règle matérielle : cette date doit être postérieure à l'exécution des contrôles et à l'établissement des documents authentiques visés à l'article 10, auprès de toutes les sociétés participant à l'opération. En outre, des renvois à la troisième directive de 1978 relative à la fusion interne sont faits s'agissant de la définition des modalités de fusion, leur réalisation, leurs effets, les responsabilités de chaque société participante, la protection des créanciers, le régime des nullités et des conditions de la décision de fusion. Sur ce dernier point crucial, le renvoi au droit national permet de décider du projet de fusion à la majorité qualifiée et donc d'éviter la procédure très lourde d'une décision à l'unanimité des associés.

⁷¹⁴ COM/2003/0703 final.

⁷¹⁵ Sur ce point, v. Y. Loussouarn, « La concentration d'entreprises dans la CEE », *Rev. crit. DIP* 1974, p. 235.

⁷¹⁶ L. Idot, « Fusions transfrontalières », *Rev. Europe* janvier 2006, comm., n° 13, p. 16. Le premier point l'article 4 de la directive dispose que, sauf disposition contraire, chaque société participante « se conforme aux dispositions et aux formalités de la législation nationale dont elle relève », le deuxième point de l'article précise

dit, en dépit de la combinaison de règles matérielles et de conflits, la directive parvient à un niveau d'harmonisation non négligeable et très poussé. Cela s'explique par le fait que la fusion des sociétés a fait l'objet de nombreuses réglementations en droit de l'UE et que, par conséquent, les droits nationaux des Etats membres étaient déjà parvenus à une certaine harmonisation de leurs règles.

L'adoption de cette directive tant attendue a fait très rapidement l'objet d'une première application par la Cour de Luxembourg dans l'arrêt « *Sevic Systems AG* » du 13 décembre 2005⁷¹⁷.

B/ L'arrêt « *Sevic Systems AG* » de la Cour de justice du 13 décembre 2005 : la fusion devient une modalité du transfert du siège social.

258. Cet arrêt a été l'occasion pour la Cour de justice d'interpréter la directive du 26 octobre 2005 relative aux fusions des sociétés de capitaux dans l'Union européenne mais aussi de tempérer la jurisprudence « *Daily Mail* »⁷¹⁸ relative à la fiscalité des sociétés en matière de liberté d'établissement. L'affaire « *Sevic Systems AG* » du 13 décembre 2005 concernait une fusion entre une société luxembourgeoise et une société allemande. La société

quelles sont ces formalités : le processus décisionnel, autrement dit les conditions du vote ; la protection des créanciers, des salariés mais également des associés eux-mêmes comme dans l'hypothèse d'actionnaires minoritaires. L'on retrouve des règles matérielles pour les points clés du régime de la fusion comme « le projet commun de fusion transfrontalière » à l'article 5 ou encore « les effets de la fusion transfrontalière » régis par l'article 14. S'agissant des points moins importants, ces derniers sont réglementés par des règles de conflit comme pour l'application distributive de la *lex societatis* de chaque société participant à la fusion. L'adoption d'une règle de conflit sur la loi compétente pour régir la fusion internationale s'explique par la difficulté à élaborer une règle matérielle admise par l'ensemble des Etats membres.

⁷¹⁷ Arrêt préc.

⁷¹⁸ Arrêt préc.

née de la fusion demanda son immatriculation au registre du commerce en Allemagne mais elle lui fut refusée au motif que la loi allemande accordait l'immatriculation aux sociétés issues de fusions entre sociétés allemandes. Le droit allemand ne reconnaissait pas l'existence d'une société issue d'une fusion internationale alors même que l'une des sociétés participant à l'opération était allemande. La Cour de justice retient que la fusion est une modalité importante et efficace de la liberté d'établissement et a estimé que la généralité de l'interdiction n'était pas proportionnée à la protection des intérêts légitimes qui peuvent être défendus en cas de fusion comme la protection des actionnaires ou des créanciers de la société allemande. Les questions soulevées par le refus de l'Allemagne d'immatriculer cette société concernaient directement les effets juridiques de la fusion. En effet, à l'issue de la fusion, il y a une seule personne morale dotée d'un seul patrimoine et d'un seul siège social⁷¹⁹. Nationalité et reconnaissance des sociétés dans l'Union européenne sont débattues par la Cour de Luxembourg dans cette affaire. Admettre qu'un Etat membre peut refuser de reconnaître une société issue d'une fusion intra UE est contraire à la liberté d'établissement et aux principes du droit de l'UE de non-discrimination et de traitement national. La fusion a nécessairement des répercussions sur la nouvelle société puisque cette opération peut entraîner la disparition des sociétés participantes et la création d'une nouvelle entité juridique distincte des premières. En outre, l'on peut être en présence d'une fusion-absorption : la société absorbée disparaît avec transmission universelle de son patrimoine, mais sans liquidation judiciaire. Dès lors, quelles sont les sociétés concernées par le changement de nationalité et de *lex societatis* ? *A priori*, la société absorbante reste soumise à la même *lex societatis* en cas de fusion. En revanche, les sociétés absorbées perdent leur personnalité juridique : elles changent de nationalité et de *lex societatis*. Parallèlement au transfert transfrontalier de siège social, la fusion transfrontalière est une technique complémentaire de la mobilité des sociétés commerciales dans l'Union européenne⁷²⁰. En effet, les articles 43 CE et 48 CE s'appliquent également aux fusions intra UE. Dans le considérant n° 19 de l'arrêt « *Sevic Systems AG* », la Cour de Luxembourg a estimé que « *les opérations de fusions (...) répondent aux nécessités de coopération et de regroupement entre sociétés établies dans des Etats membres différents*

⁷¹⁹ Cachard, *Droit du commerce international*, op. cit., n° 234, p. 113.

⁷²⁰ A. Autenne et M. de Wolf, art. précité.

(...) ». Le principe fondamental de la liberté d'établissement est la non-discrimination. Par conséquent, les Etats membres doivent traiter de façon identique les fusions nationales et les fusions intra UE⁷²¹. La Cour admet que des restrictions peuvent être portées à la validité d'une fusion intra UE mais celles-ci ne sont admises que si elles poursuivent un objectif légitime compatible avec le Traité et si elles sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général. Ces motifs pris du rejet de reconnaître la validité de la fusion intra UE doivent être impérieux et proportionnés par rapport aux objectifs poursuivis. La Cour de justice prend position dans le sens de sa jurisprudence antérieure relative à la liberté d'établissement à titre secondaire⁷²² en admettant la validité des fusions transfrontalières dans l'Union européenne. Désormais, il est possible pour les sociétés ressortissantes des Etats membres d'utiliser la fusion pour transférer leur siège statutaire et d'être soumises à une nouvelle *lex societatis*. Cette jurisprudence entraîne ainsi une concurrence entre les législations nationales matérialisée par l'apparition du *law shopping* puisque les sociétés vont rechercher la loi la plus adaptée et la plus favorable à l'exercice de leurs activités sans aucune restriction de la part des Etats membres. Avant même la transposition⁷²³ en droit interne des Etats membres de la dixième directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005, la Cour de justice pose explicitement le principe de la liberté d'établissement au moyen de la fusion intra UE. En outre, la fusion intra UE devient une modalité « *alternative* »⁷²⁴ au transfert transfrontalier du siège social. Il s'agit d'un moyen de pallier l'abandon en 2007 par la Commission européenne du projet de quatorzième directive sur le transfert transfrontalier du siège statutaire d'un Etat membre à un autre avec changement de la *lex societatis*. La Commission a jugé que la jurisprudence de la Cour de justice était suffisante pour garantir le transfert du siège statutaire vers un autre Etat membre même si cela se fait de façon incidente et par l'exercice d'une autre modalité de mobilité comme la fusion. Sur ce point, la doctrine parle d'« *harmonisation négative* »⁷²⁵. En outre, les divergences nationales sont si fortes qu'aucun accord ne semble envisageable à court terme. L'article 18 de la directive n° 2005/56/CE prévoit que la Commission procédera à

⁷²¹ En ce sens, v. R. Damman, « Fusion intracommunautaire », *JCP E* 2006, n° 10077, pp. 972-974.

⁷²² CJCE « *Centros* », « *Überseering* », « *Inspire Art* » et « *Cartesio* », arrêts préc.

⁷²³ La date limite de transposition avait été fixée au 15 décembre 2007.

⁷²⁴ C. Cathiard, « Le régime des fusions transfrontalières depuis la loi du 3 juillet 2008 », *Rev. soc.* octobre 2008, n° 8.

⁷²⁵ A. Autenne et M. de Wolf, art. précité.

un examen et à une éventuelle révision des dispositions en matière de fusion intra UE en 2012⁷²⁶.

Section III : La création d'un établissement secondaire.

259. Les conséquences de la jurisprudence de la CJUE sont multiples : elle va tout d'abord favoriser la mobilité des sociétés dans l'Union européenne ; ensuite, cette jurisprudence risque d'induire des bouleversements dans la conception de la nationalité des Etats membres retenant la théorie du siège réel comme la France et l'Allemagne ; enfin, la Cour de Luxembourg a favorisé la mise en concurrence des législations nationales des Etats membres en poussant les sociétés ressortissantes de ces Etats à rechercher la loi la plus favorable à leur activité.

Dans un premier point, nous exposerons l'étendue de la liberté d'établissement à titre secondaire (§ 1), puis dans un second temps nous verrons que la CJUE avait l'occasion de libéraliser le transfert du siège statutaire mais elle ne concèdera ce droit que dans l'hypothèse d'un transfert avec changement de la loi applicable à la société (§ 2). Il existe également des obligations corrélatives à la création d'un établissement secondaire. Néanmoins, ces obligations – formelles – sont surtout des questions de conformité à la loi nationale de l'Etat d'accueil et n'entachent en rien le caractère inviolable du libre établissement à titre secondaire.

⁷²⁶ Cinq ans après son entrée en vigueur, soit le 15 décembre 2012, la Commission devrait entamer la révision de la dixième directive « *à la lumière de l'expérience acquise dans son application* » et, le cas échéant, proposera sa modification. Les instances de l'UE procèdent régulièrement à la révision des instruments juridiques en matière sociétaire de manière à prendre en considération l'évolution de la jurisprudence mais également la position des Etats membres ou des milieux d'affaires.

§ 1. L'étendue de la liberté d'implanter un établissement secondaire.

260. Aucune restriction n'est admise à la liberté pour une société ressortissante d'un Etat membre d'implanter un établissement secondaire sur le territoire d'un autre Etat membre. Concrètement, cela se traduit par une remise en cause de la conception du siège réel telle qu'admise par certains Etats membres (A). La jurisprudence de la CJUE emporte donc certaines conséquences juridiques dans le droit interne de ces Etats (B).

A/ La remise en cause de la conception traditionnelle de nationalité des sociétés des Etats membres attachés au critère du siège social.

261. Cette jurisprudence ultra libérale en matière d'établissement à titre secondaire repose sur trois arrêts de la Cour de justice : les arrêts « *Centros* »⁷²⁷ (1), « *Überseering* »⁷²⁸ (2) et « *Inspire Art* »⁷²⁹ (3). Ce contentieux est relatif à l'immigration des sociétés, autrement dit le droit de sortie d'une société de son Etat d'origine.

1. L'arrêt de principe « Centros » : l'hypothèse de l'immigration des sociétés.

262. Une société ressortissante d'un Etat membre peut-elle valablement créer un établissement secondaire sur le territoire d'un autre Etat membre ? La question se pose s'il revenait au droit de l'UE de désigner les sociétés bénéficiaires de la liberté d'établissement ou s'il s'agissait d'une compétence exclusive des Etats membres. Rien n'est dit sur ce point dans l'article 54 TFUE qui se réfère uniquement à la constitution de la société en conformité à la législation d'un Etat membre et à la possession de son siège statutaire, ou de son

⁷²⁷ Arrêt préc.

⁷²⁸ CJCE, « *Überseering BV c/ Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* », 5 novembre 2002, aff. C-208/00, *Rec. p. I-9919*.

⁷²⁹ CJCE, « *Kamel van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c/ Inspire Art Ltd* », 30 septembre 2003, aff. C.167/01, *Rec. p. I-10155*.

administration centrale ou de son principal établissement à l'intérieur de l'Union européenne. La rédaction de l'article 54 TFUE laisse dans le doute la question de la reconnaissance de la société faisant usage du libre établissement dans un autre Etat membre. Le problème central n'est pas de savoir si la société peut exercer son activité sans restriction dans l'Etat d'accueil mais si celle-ci est reconnue en tant que société étrangère. En matière de reconnaissance des sociétés étrangères, le principe est l'application des règles de droit international privé de chaque Etat. En outre, comme le remarque un auteur, cette question de la reconnaissance dans le cadre de l'Union européenne a été laissée à la discrétion des Etats membres⁷³⁰. L'article 293 CE – abrogé par le TFUE – prévoyait que la reconnaissance des sociétés des autres Etats membres serait réglée par la voie conventionnelle. En pratique, aucun accord n'a pu être trouvé entre les Etats membres. L'arrêt « *Daily Mail* » avait confié le soin à chaque Etat membre de régler le problème de la reconnaissance d'une société étrangère issue d'un autre Etat membre. Cette solution suscita des critiques dans la mesure où l'effet direct des articles 43 CE et 48 CE avait laissé place à la volonté de l'Etat membre de ne pas autoriser une société nationale à transférer son siège réel dans un autre Etat membre. La suprématie du droit de l'UE était écartée.

263. Peut-on appréhender la liberté d'établissement dans un système juridique retenant la théorie du siège réel ? Le rattachement juridique à un Etat par le critère du siège réel interdit à la société de dissocier les sièges réel et statutaire. Or, pour justement garantir une liberté d'établissement à titre secondaire, la loi nationale d'une société invoquant cette liberté doit permettre à celle-ci de localiser son siège réel dans un autre Etat membre. Dans l'affaire « *Centros* », des ressortissants danois constituèrent une société en Angleterre mais sans aucune activité effective puis demandèrent l'immatriculation d'une succursale au Danemark où se concentrait toute l'activité sociale⁷³¹. Cependant, les autorités danoises refusent l'immatriculation de la succursale de la SARL Centros au motif que son siège réel se situe au

⁷³⁰ G. Jazottes, « Le transfert de siège : *statu quo* ou revirement ? », art. précité.

⁷³¹ Le but d'une telle manœuvre était d'échapper aux dispositions impératives du droit danois en matière de capital social minimum. l'article 117 de la loi danoise sur les sociétés à responsabilité limitée (*Anpartsselskabslov*) dispose que « les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés de forme juridique analogues étrangères qui sont domiciliées dans un Etat membre de la Communauté peuvent exercer une activité au Danemark par le biais d'une succursale ».

Danemark et que cette société aurait dû respecter les conditions de fond relatives à la constitution de la société imposant un capital minimum. La société Centros arguait du fait qu'elle remplissait toutes les conditions demandées par la loi danoise pour bénéficier de la liberté d'établissement à titre secondaire. Les juridictions nationales danoises refusèrent à la société Centros le bénéfice du libre établissement, c'est pourquoi une fois saisi, le *Højesteret* sursit à statuer pour demander à la CJCE si le refus d'immatriculer la succursale de Centros était compatible avec les articles 43 CE et 48 CE – articles 49 et 54 TFUE – sur le libre établissement⁷³². La Cour de Luxembourg a estimé que, si le fait d'éluder les dispositions impératives d'un Etat n'est pas *a priori* illicite, d'autres éléments peuvent amener les juges à conclure à l'existence de fraudes d'autre nature comme la fraude aux droits des créanciers ou des associés. Il n'y a pas de renvois à la jurisprudence « *Daily Mail* » dans l'arrêt « *Centros* » même si de façon indirecte se posait la question de la problématique de l'émigration en droit des sociétés. Les conditions énoncées dans « *Daily Mail* » ne vaudraient que s'agissant de la capacité de l'Etat d'origine de restreindre la liberté d'établissement des sociétés constituées en conformité avec son droit. En revanche, l'arrêt « *Centros* » concerne les obstacles créés par l'Etat d'accueil. La sévérité de la jurisprudence « *Daily Mail* » s'expliquait uniquement par la matière en cause dans ce cas précis : la fiscalité des sociétés est d'ordre public dans tous les Etats membres, ces derniers pouvaient donc restreindre le droit de sortie de leurs sociétés⁷³³. Dans la première partie de l'arrêt, la CJCE proclame la primauté des libertés d'établissement du droit de l'UE sur les législations nationales. Cependant, dans la seconde partie, la Cour de Luxembourg admet que l'Etat danois puisse prendre des mesures législatives dont l'application en ferait des lois de police et de sûreté destinées à évincer le libre établissement⁷³⁴. Cela étant dit, de telles mesures législatives ne semblent pas pouvoir s'opposer au libre établissement de la société si celle-ci respecte les conditions édictées par l'Etat d'accueil pour en bénéficier⁷³⁵. En dépit de la primauté des dispositions relatives à la

⁷³² Point 14 de l'arrêt « *Centros* », préc.

⁷³³ A. Autenne et M. de Wolf, art. précité.

⁷³⁴ T. Ballarino, « Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la CJCE », *Rev. crit. DIP* juill.-sept. 2003, p. 373. Dans cette étude, l'auteur ne fait jamais allusion à la nationalité des sociétés mais préfère parler de « *statut personnel* » des sociétés.

⁷³⁵ Sur ce point, un rapprochement peut être fait avec la jurisprudence « *Van Binsbergen* » en matière de libre

liberté d'établissement, l'arrêt « *Centros* » laisse le soin aux Etats membres de déterminer la loi applicable à la société. Cette compétence appartient exclusivement aux Etats membres. Par conséquent, l'article 54 TFUE n'a pas pour fonction d'instituer un système de rattachement des sociétés propre à l'Union européenne, il se contente de définir les sociétés bénéficiaires du libre établissement⁷³⁶. Le libre établissement ne peut être invoqué que par une société dont l'existence est reconnue par l'Etat d'origine ou l'Etat membre d'accueil, et en application des règles de droit international privé de cet Etat.

La position de la Cour de Luxembourg énoncée dans l'arrêt « *Daily Mail* » reste de rigueur puisque l'Etat membre de sortie de la société va influencer l'exercice de la liberté d'établissement au moyen du transfert du siège réel de la société constituée sur son territoire. En revanche, dès qu'une société ressortissante d'un Etat membre souhaite faire valoir son droit au libre établissement dans un autre Etat membre, l'Etat d'accueil est tenu de reconnaître cette société si elle répond aux conditions posées par sa législation interne.

2. L'arrêt « *Überseering* » : une interprétation restrictive de l'arrêt « *Daily Mail* ».

264. Cet arrêt concerne le droit au libre établissement de la société à l'égard de l'Etat d'accueil. La Cour de Luxembourg a opéré un recadrage de sa jurisprudence : l'Etat d'accueil est tenu de reconnaître sans réserve la société constituée valablement dans un autre Etat

établissement des personnes physiques sur le territoire d'un Etat membre de l'UE (CJCE, 3 décembre 1974, aff. C-33/74, *Rec.* p. 1299). La CJCE établit qu'il est permis à un Etat membre d'adopter des mesures destinées à empêcher que la libre prestation de services ne soit invoquée par un ressortissant d'un autre Etat membre, dont l'activité est entièrement ou principalement tournée vers le territoire du premier Etat, dans le seul but d'éluder l'application des règles professionnelles en vigueur dans cet Etat, auxquelles il aurait été soumis s'il y était établi. Ainsi, les personnes physiques ne peuvent pas se prévaloir abusivement des libertés contenues dans le traité CE.

⁷³⁶ En ce sens, J.-B. Blaise, art. précité.

membre en cas de dissociation des sièges réel et statutaire. L'article 43 CE – 49 TFUE – précise sous quelles formes peut s'exercer le libre établissement à titre secondaire⁷³⁷. L'Etat d'accueil, adepte de la théorie du siège réel, peut-il s'opposer à la création d'une succursale d'une société d'un autre Etat membre exerçant toute son activité sur le territoire du premier Etat ? En l'espèce, il s'agissait d'une société néerlandaise qui exploitait un hôtel en Allemagne. Des ressortissants allemands prirent le contrôle de cette société à 100 % alors que le siège demeurait aux Pays-Bas. La société confia à une société allemande des travaux de restauration mais elle assigna celle-ci pour des contrefaçons. La demande de la société Überseering fut déclarée irrecevable au motif que le droit allemand impose à une société étrangère passée sous contrôle allemand, et possédant son siège réel en Allemagne, de se reconstituer en application des dispositions impératives du droit allemand. À défaut de reconstitution, la société n'est pas reconnue et ne dispose pas de la capacité juridique pour intenter une action en justice. Saisie d'une question préjudicielle, la Cour de justice constate que cette prise de contrôle est un mode d'exercice de la liberté d'établissement. Elle considère que la demande de rattachement au droit allemand est inopérante puisque la société néerlandaise dispose du libre établissement à titre secondaire en créant une succursale en Allemagne. Et cela même si la société exerce la totalité de son activité sur le territoire de l'Etat d'accueil. Par conséquent, l'Allemagne devait reconnaître cette société et le maintien de sa capacité juridique selon la loi nationale de cette société⁷³⁸. Dénier la capacité juridique de cette société revient à refuser la liberté d'établissement alors qu'il s'agit d'un principe fondamental du droit de l'UE. Toutefois, la Cour de Luxembourg admet que des raisons

⁷³⁷ Article 43, alinéa 1^{er} CE : « Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre sont interdites. Cette interdiction s'étend à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un Etat membre établis sur le territoire d'un Etat membre. (...) ». Cette formule est interprétée par le programme général du 18 décembre 1961 comme excluant du droit à l'établissement secondaire les ressortissants des autres Etats membres qui n'ont pas déjà un établissement principal dans l'Union européenne. S'agissant des personnes morales, le programme de 1961 est explicite en énonçant que les sociétés bénéficient du droit de créer des agences, des succursales ou des filiales sur le territoire d'un Etat membre, « à condition que, dans le cas où elles n'auraient pas leur siège social statutaire à l'intérieure de la Communauté ou dans un pays ou territoire d'outre mer, leur activité doit présenter un lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat membre ou d'un pays ou territoire d'outre mer ».

⁷³⁸ Considérant n° 59 de l'arrêt : « l'exercice de la liberté d'établissement suppose nécessairement la reconnaissance desdites sociétés par tout Etat membre dans lequel elles souhaitent s'établir ». La Cour fonde sa décision sur deux principes du droit de l'UE : le principe d'assimilation et la reconnaissance de l'effet direct des articles 43 et 48 CE depuis la fin de la période transitoire.

impérieuses d'intérêt général puissent limiter l'exercice de la liberté d'établissement comme en matière de protection des tiers. En premier lieu, la Cour de justice déclare que l'article 293 CE ne constitue pas une réserve de compétence législative au profit des Etats membres et que « *si les conventions dont [cet article] encourage la conclusion peuvent, à l'instar des directives d'harmonisation prévues par l'article 44 CE, faciliter la réalisation de la liberté d'établissement, l'exercice de cette liberté ne peut toutefois être conditionnée par l'adoption de telles conventions* ». Ce motif revient sur la portée de l'article 293 CE que l'arrêt « *Daily Mail* » semblait lui octroyer. Dans un second point, la Cour relève que le point de droit débattu dans cet arrêt concerne la reconnaissance des sociétés ressortissantes d'un Etat membre et créant un établissement secondaire sur le territoire d'un autre Etat membre⁷³⁹. La Cour constate également que le contexte de l'affaire « *Daily Mail* » n'a pas de pertinence en l'espèce même si elle en fait une interprétation restrictive⁷⁴⁰. L'arrêt « *Daily Mail* » visait le droit de sortie d'une société de son Etat d'origine. En revanche, l'arrêt « *Überseering* » concerne la reconnaissance par un Etat membre d'une société constituée selon le droit d'un autre Etat membre et qui a transféré son siège réel sur le territoire du premier Etat. Des restrictions au transfert du siège réel dans l'Etat membre d'accueil sont possibles⁷⁴¹.

265. La doctrine française commentant cette solution de la CJCE s'est focalisée essentiellement sur la théorie de la fraude et la possibilité de sa mise en œuvre⁷⁴². Elle

⁷³⁹ Points 54 et 60 de l'arrêt : la CJCE estime que l'article 293 CE ne constitue pas une réserve de compétence législative et qu'il ne prévoit des conventions « *qu'en tant que de besoin* ». Il revient donc à chaque Etat membre de déterminer selon ses propres règles de droit international privé les conditions pour une reconnaissance auxquelles sont soumises les sociétés étrangères. Toutefois, l'absence d'un lien effectif et continu avec l'Etat membre où la société étrangère établit un établissement secondaire n'est pas un motif légitime pour refuser la reconnaissance. Cette mesure visée par le programme général du 18 décembre 1961 pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement ne vise que les sociétés dont le siège social se situe sur le territoire d'un Etat tiers à l'Union européenne. Sur ce point précis de la reconnaissance des sociétés par le droit de l'UE, cf. thèse défendue par B. Goldman, *Précis*, 5^{ème} éd., n° 101. Cet auteur voit dans la rédaction de l'article 48 CE la résolution du problème de la reconnaissance par le principe de l'assimilation des sociétés ressortissantes d'un autre Etat membre.

⁷⁴⁰ Points 60 et s. de l'arrêt.

⁷⁴¹ La CJCE constate qu'« *il ne saurait être exclu que des raisons impérieuses d'intérêt général telles que la protection des créanciers, des associés minoritaires, des salariés ou encore du fisc puissent, dans certaines circonstances et en respectant certaines conditions, justifier des restrictions à la liberté d'établissement* ». Toutefois, ces objectifs ne peuvent pas justifier le refus de la capacité juridique et la capacité d'ester en justice. Ce qui équivaldrait au rejet de la liberté d'établissement.

⁷⁴² M. Menjucq, *D. aff.* 1999, p. 550 ; M. Luby, *JDI* 2000, p. 484.

redoutait que la fraude telle qu'appréhendée par la Cour de justice ne soit pas invocable même s'il s'avérait que la société entendait contourner de manière frauduleuse les dispositions impératives de son Etat d'origine. L'Allemagne, partisane traditionnelle du siège réel, a vu dans cette jurisprudence la remise en cause du siège réel puisque la Cour de Luxembourg donne sa préférence au critère de l'incorporation, plus compatible avec la liberté d'établissement des sociétés dans l'Union européenne. Quelles conséquences cette solution entraîne-t-elle en droit français ? Dès lors que la société est légalement constituée dans son Etat d'origine, l'Etat membre d'accueil ne peut pas refuser sa reconnaissance même si son critère principal de rattachement des sociétés est le siège réel⁷⁴³. Cette solution jurisprudentielle ne porte pas préjudice à la conception de l'incorporation qui n'impose pas à la société de posséder son siège réel dans l'Etat où elle va se constituer contrairement au système du siège réel. Dans la théorie du siège réel, deux conditions sont imposées à la société : se constituer conformément à la loi de l'Etat et posséder son siège réel dans ce même Etat, la dissociation des sièges réel et statutaire n'est pas tolérée. Cependant, un auteur pense que la jurisprudence de la Cour de Luxembourg ne favoriserait aucun système de rattachement⁷⁴⁴ : la solution serait neutre en se référant à l'article 45 TFUE qui consacre les systèmes de l'incorporation, du siège réel et le principal établissement sans établir de préférence ou de hiérarchie entre ces différents critères de rattachement. Or, à défaut d'accord sur la reconnaissance mutuelle des sociétés dans l'Union européenne, la Cour de justice a dû interpréter les articles 49 et 54 TFUE et a fait indirectement du siège statutaire le critère de référence pour le rattachement juridique des sociétés. Elle constate également que seul ce critère permet véritablement l'exercice du libre établissement à titre secondaire. Les juges de Luxembourg en ont conclu que l'Etat d'accueil ne peut pas sanctionner la dissociation des sièges réel et statutaire par le refus de reconnaître la capacité juridique de la société, ce qui revient implicitement à ne pas reconnaître l'existence de cette société. En outre, la Cour affirme la compétence de principe de la loi nationale de l'Etat membre de constitution de la société. Il ressort des arrêts « *Centros* » et « *Überseering* » que la CJCE ne confère pas, en dépit de son interprétation extensive du libre établissement, un droit pour les sociétés

⁷⁴³ L. Idot, « À propos de la libre circulation des entreprises », in *Les séparations internationales d'entreprises*, (sous la direction d'E. Loquin), travaux du CREDIMI, Université de Bourgogne, 2004, 396 p.

⁷⁴⁴ M. Luby, *JDI* 2003, n° 2, p. 608.

ressortissantes des Etats membres de transférer leur siège réel dans un autre Etat membre⁷⁴⁵. L'Etat de sortie de la société peut toujours s'opposer au départ d'une société constituée conformément à sa législation. En revanche, l'Etat d'accueil du siège réel ne peut pas invoquer la dissociation des sièges réel et statutaire pour s'opposer à l'exercice de la liberté d'établissement. Il s'agit là d'une limitation importante à la théorie du siège réel qui impose la localisation du siège réel dans l'Etat d'immatriculation. Cette jurisprudence étend la portée de la liberté d'établissement puisqu'il est interdit à tout Etat membre de refuser la capacité juridique à une société en raison de la dissociation des sièges réel et statutaire. Par conséquent, les associés peuvent librement choisir la *lex societatis* en localisant le siège réel dans le pays de leur choix⁷⁴⁶.

L'arrêt « *Inspire Art Ltd* » vient compléter la jurisprudence de la CJCE en matière de liberté d'établissement en proclamant l'impossibilité pour l'Etat membre d'accueil d'invoquer le droit local relatif à la constitution des sociétés en tant que loi de police et de sûreté.

3. L'arrêt « *Inspire Art Limited* » : la dissociation des sièges réel et statutaire érigée en principe du droit de l'Union européenne.

266. Dans l'affaire « *Überseering* » précédemment étudiée, la Cour de Luxembourg avait imposé une reconnaissance mutuelle des sociétés ressortissantes d'un autre Etat membre par l'Etat d'accueil. Dans la présente affaire, la CJCE étend cette exigence de reconnaissance à l'ensemble du régime juridique de l'incorporation, à l'exclusion de la fraude à la loi avérée. Les législations internes des Etats membres sont mises en concurrence, la mobilité intra UE des entreprises prévalant sur l'intérêt particulier de chaque Etat membre puisque la fraude peut très difficilement être mise en œuvre. L'objectif de la Cour de justice est de permettre la restructuration des sociétés commerciales avec une liberté totale d'établissement. Un auteur voit même dans cet arrêt une obligation de reconnaissance y compris pour les sociétés « boîtes

⁷⁴⁵ M. Menjucq, « La notion de circulation internationale d'entreprise », in *Les séparations internationales d'entreprises*, Travaux du CREDIMI, Université de Bourgogne, éd. Litec, 2004, 396 p., v. spéc. p. 13 et s.

⁷⁴⁶ *Rev. soc.* 2003, p. 315, note J.-P. Dom ; *JCP E* 2003, n° 448, note M. Menjucq.

aux lettres »⁷⁴⁷. En revanche, certains auteurs⁷⁴⁸ sont plus nuancés et estiment que l'arrêt ne porte que sur certaines règles spécifiques de droit des sociétés relevant de la *lex societatis stricto sensu* comme l'évoque l'affaire s'agissant de l'immatriculation de la société, le capital minimum et la responsabilité limitée des dirigeants sociaux. La Cour de justice a toujours statué sur les conflits entre le droit de l'UE et le droit des sociétés d'un Etat membre sans tenir compte du raisonnement juridique suivi par cet Etat⁷⁴⁹. Bien que retenant le caractère impératif de la législation invoquée par l'Etat membre, la Cour de Luxembourg fait prévaloir le principe fondamental de la liberté d'établissement. Admettre le caractère impératif des règles nationales invoquées et dire qu'il s'agit là de lois de police empêcherait tout exercice du libre établissement par une société valablement constituée dans son Etat membre d'origine. Dans cet arrêt, la Cour de justice applique le principe du respect de la hiérarchie des normes en faisant systématiquement prévaloir les normes du droit de l'UE sur les dispositions nationales des Etats membres. En l'espèce, un ressortissant hollandais constitua une société à responsabilité limitée en Grande-Bretagne tout en étant domicilié aux Pays-Bas. L'essentiel de l'activité de cette société se localisait aux Pays-Bas où la société Inspire Art avait immatriculé une succursale sans que soit portée la mention obligatoire de « société étrangère de pure forme » en application de la loi néerlandaise sur les *pseudo-foreign companies* du 17 décembre 1997⁷⁵⁰. En outre, cette société devait se conformer à des règles plus strictes que le droit britannique relatives au capital social minimal. Les autorités néerlandaises peuvent-elles refuser l'immatriculation de la succursale de la société Inspire Art ? La société néerlandaise

⁷⁴⁷ M. Dassesse, *Rev. générale de fiscalité*, 2004, n° 2, p. 5.

⁷⁴⁸ A. Autenne et M. de Wolf, art. précité. Ces auteurs pensent qu'« il n'est pas possible au regard de la jurisprudence communautaire de constater la victoire véritable de la thèse de la reconnaissance au sens large et de l'éventuel effet de concurrence régulateur à laquelle cette dernière est prétendument liée ».

⁷⁴⁹ T. Ballarino, art. précité, p. 386 et s. Le droit de l'UE serait indifférent aux rattachements prévus par les systèmes de conflit des Etats membres. De façon réciproque, cela entraîne la résistance du droit international privé des Etats membres au libre établissement consacré par le droit de l'UE. La CJUE doit parfois interpréter la conformité au droit de l'UE de règles de police d'un Etat membre qui font obstacle au fonctionnement des règles de conflit. C'est le cas dans l'affaire « Inspire Art » puisque le gouvernement hollandais invoquait l'application de règles impératives relatives au capital minimal et à la protection des créanciers. La CJUE admet le caractère impératif des dispositions néerlandaises mais évince leur application en faveur d'un principe fondamental, à savoir la liberté d'établissement du droit de l'UE.

⁷⁵⁰ Il s'agit de l'article 1^{er} de la loi WFBV : la société étrangère de pure forme est « une société de capitaux possédant la personnalité juridique, qui a été constituée conformément à une législation autre que la législation néerlandaise, qui exerce ses activités entièrement ou presque entièrement aux Pays-Bas et qui, de surcroît, ne présente pas de lien réel avec l'Etat dans lequel s'applique la législation conformément à laquelle elle a été constituée » (point 22 de l'arrêt).

refuse de faire figurer cette mention sur ses documents commerciaux et soutient au principal que celle-ci ne lui est pas applicable. À titre subsidiaire, la société Inspire Art fait valoir que, même dans l'hypothèse où elle serait une société étrangère, la loi sur les *pseudo-foreign companies* ne lui est pas opposable en raison du principe du droit de l'UE de la liberté d'établissement. Les juges néerlandais qualifient la société Inspire Art de société étrangère de pure forme et saisissent la CJCE d'une question préjudicielle visant à déterminer si la loi sur les *pseudo-foreign companies* pouvait s'appliquer dans le cadre des dispositions du droit de l'UE relatives à la liberté d'établissement. En l'espèce, ce n'est pas l'immatriculation de la succursale qui est refusée à la société mais l'application de dispositions impératives du droit néerlandais. Autrement dit, cela revient à exiger de la société Inspire Art le respect des conditions de constitution des sociétés du droit néerlandais et que sa forme sociale de droit anglais n'est que de pure forme. Cela entraîne le déni de l'existence juridique de la société Inspire Art puisque toutes les conditions du droit local en matière de constitution de sociétés de capitaux lui sont opposées. M. Menjucq relève que « *la loi hollandaise en cause ne s'applique pas aux sociétés qui relèvent d'un Etat membre de la CE ou de l'EEE et du champ d'application de la deuxième directive du Conseil n° 77/91/CEE du 13 décembre 1976 relative à la constitution de la société anonyme ainsi qu'au maintien et aux modifications de son capital* ». Par conséquent, « *c'est (...) uniquement pour les sociétés relevant d'un Etat membre mais ayant adopté une autre forme que la société anonyme que la compatibilité des règles hollandaises avec le droit communautaire est examinée* »⁷⁵¹. Les juges de Luxembourg rappellent que le choix d'un Etat pour y fixer son siège social est libre et que cela permet de rattacher une société à l'ordre juridique d'un Etat membre. La création d'un établissement secondaire, comme une succursale, est l'exercice normal de la liberté d'établissement. Un Etat membre ne peut pas imposer à la société des obligations touchant en réalité à la constitution des sociétés comme l'exigence d'un capital social minimum. L'ensemble de ces obligations relève exclusivement de la *lex societatis* de la société bénéficiaire du libre établissement, la loi de l'Etat d'accueil pouvant exiger le respect de certaines mesures de publicité⁷⁵². Sur ce point,

⁷⁵¹ JDI 2004, note sous CJCE, « *Überseering* », 30 septembre 2003, p. 904, M. Menjucq.

⁷⁵² Les mesures de publicité ont été intégralement harmonisées par la onzième directive n° 89/666/CEE du 21 décembre 1989 (JOCE L 395 du 30 décembre 1989). Cette directive concerne la publicité des succursales créées dans un Etat membre par des sociétés dont le siège social est dans un autre Etat membre.

nous avons pu voir que la jurisprudence « *Daily Mail* » est toujours d'actualité : le transfert du siège réel peut être empêché par l'Etat d'origine de la société pour des raisons fiscales. Cela étant dit, l'Etat d'accueil peut très difficilement s'opposer au libre établissement à titre secondaire d'une société ressortissante d'un autre Etat membre, la jurisprudence de la Cour de justice est très claire en la matière. Tout le contentieux relatif à l'acceptation de l'exercice de la liberté d'établissement par le pays d'accueil concerne l'étendue des restrictions que cet Etat peut mettre en œuvre pour empêcher l'installation sur son territoire du siège réel de la société étrangère⁷⁵³. Le droit d'entrée ou d'immigration de la société va faire l'objet de mesures restrictives dont l'intensité va aller de l'application complémentaire de normes du droit local des sociétés à l'interdiction d'entrée faite à cette société. La résolution de ce problème de droit passe nécessairement par l'interprétation des articles 43 CE et 48 CE – 49 et 54 TFUE – relatifs à la liberté d'établissement dans l'Union européenne au regard de la législation interne de l'Etat d'accueil. L'examen de la jurisprudence en matière de liberté d'établissement nous amène à constater que la CJCE fait une place toute particulière aux dispositions des articles 43 et 48 CE dans la mesure où ils reçoivent une interprétation extensive dont le but est de garantir au maximum la mobilité intra UE des sociétés. La Cour de justice, se fondant sur l'effet direct des articles 43 et 48 CE, en fait une interprétation très stricte de façon à leur donner le champ d'action le plus large possible⁷⁵⁴. À juste titre, un auteur affirme que les textes relatifs au libre établissement « *semblent fonctionner en vase clos et de manière quasi-autonome* » et qu'ils sont « *le siège d'un véritable statut régional à part entière qui s'offre aux sociétés dans la Communauté* »⁷⁵⁵.

Cette interprétation extensive du principe de la liberté d'établissement du droit de l'UE semble condamner définitivement le système de rattachement des sociétés par le siège réel.

⁷⁵³ En ce sens : T. Mastrullo, thèse préc., n° 351, p. 185.

⁷⁵⁴ Point 60 de l'arrêt « *Überseering* », préc. L'acquisition des parts sociales d'une société relève non pas de la libre circulation des capitaux mais de la liberté d'établissement (point 77).

⁷⁵⁵ T. Mastrullo, thèse préc., n° 351.

B/ Les conséquences de la jurisprudence ultra libérale de la CJUE sur les législations internes des Etats membres.

267. En matière de libre établissement des sociétés dans l'Union européenne, à titre secondaire, la Cour de Luxembourg a admis la validité du transfert du siège réel dans l'Etat d'accueil. Aucune restriction de la part de cet Etat n'est tolérée, y compris dans l'hypothèse où cet Etat ferait du siège réel son critère de principe pour le rattachement juridique de la société. Cette jurisprudence a, par conséquent, entraîné implicitement une concurrence des législations nationales des Etats membres en matière de droit des sociétés (1). En outre, les arrêts de la CJUE remettent en question le critère du siège réel comme critère de rattachement des sociétés dans l'Union européenne (2).

1. L'apparition du *law shopping* et d'un supposé effet « *Delaware européen* ».

268. Les arrêts *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art*⁷⁵⁶ ont été l'occasion pour la Cour de Luxembourg d'affirmer de manière solennelle la primauté et l'effet direct de la liberté d'établissement consacrés par les articles 49 et 54 TFUE. Le libre établissement des sociétés ne peut souffrir aucune exception sauf si des raisons impérieuses d'intérêt général l'exigent. La Cour de justice s'arroe le pouvoir d'interpréter les règles nationales invoquées par l'Etat membre souhaitant faire obstacle à la liberté d'établissement d'une société ressortissante d'un autre Etat membre. En pratique, la Cour n'a pas admis la possibilité pour l'Etat d'accueil de s'opposer au libre établissement de la société dès lors que l'Etat d'origine ne s'y oppose pas. La théorie de la fraude à la loi semblant même difficilement justifiable devant les juges de Luxembourg puisque ces derniers affirment que la société peut mettre en œuvre la liberté d'établissement dans le seul but d'écarter les dispositions impératives de son Etat d'origine⁷⁵⁷.

⁷⁵⁶ T. Ballarino, « Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 373.

⁷⁵⁷ Le considérant n° 139 de l'arrêt « *Inspire Art* » énonce que la recherche d'une loi plus favorable « *ne suffit pas à démontrer l'existence d'un comportement abusif et frauduleux* », précité.

En matière sociétaire, la recherche de la loi la plus favorable n'est que l'exercice du libre établissement : une telle démarche de la société n'est pas condamnable. Désormais, les sociétés ressortissantes d'un Etat membre peuvent valablement s'établir à titre secondaire dans un autre Etat membre tout en conservant leur nationalité et la même loi applicable. Concrètement, les fondateurs d'une société ressortissante d'un Etat membre vont effectuer un *law shopping*. Peut-on affirmer qu'un effet Delaware existe dans l'Union européenne ? Sur ce point, la doctrine doute de l'existence d'un tel effet Delaware dans le cadre du droit de l'UE⁷⁵⁸. Contrairement au droit américain qui consacre le principe de l'incorporation, l'Union européenne place sur un pied d'égalité tous les critères de rattachement. En outre, la liberté d'établissement ne concerne que les sociétés ressortissantes d'un Etat membre, toutes les sociétés tiers à l'Union ne peuvent bénéficier du libre établissement et mettre en concurrence les législations des Etats membres. Cet effet Delaware, entraînant un nivellement par le bas des législations en matière de droit des sociétés, ne semble pas se réaliser dans le cadre de l'Union européenne. En dehors de l'adoption par l'Allemagne du critère de l'immatriculation pour les sociétés de capitaux, il n'y a pas beaucoup d'exemples tendant à prouver véritablement l'existence d'un tel phénomène de déréglementation. Les Etats membres réforment effectivement leur droit local des sociétés mais cela ne révèle pas une course à la déréglementation. L'Italie a également entrepris une réforme de sa réglementation relative aux sociétés de capitaux en 2003⁷⁵⁹, le but était de simplifier le régime juridique des opérations liées à la mobilité internationale des sociétés comme la fusion ou la scission. En effet, pendant très longtemps, les droits européens en matière sociétaire se sont caractérisés par leur rigidité et les formes sociales complexes imposées aux fondateurs de sociétés⁷⁶⁰. Il n'existait pas de

⁷⁵⁸ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 132 ; T. Mastrullo, thèse préc., p. 448 et s., n° 1042 et s., v. spéc. n° 1046. Peut-on « considérer l'Angleterre comme un véritable « Delaware européen » qui serait susceptible, à l'image du sister state américain, d'entraîner les législations des Etats membres de la Communauté dans une véritable « course à la déréglementation » ? Cette comparaison est excessive dans la mesure où le droit anglais est extrêmement libéral s'agissant de la constitution des sociétés, toutefois certaines matières sont tout autant réglementées que la plupart des législations européennes.

⁷⁵⁹ T. Mastrullo, thèse préc., n° 1022. Pour une étude approfondie des mesures adoptées par les Etats membres de l'UE, cf. p. 437, n° 981. V. également A.-M. Gaillet, « Le nouveau droit des sociétés de capitaux en Italie », *JCP E* 2004, 200, p. 214 et s.

⁷⁶⁰ A. Martin-Serf, « L'instrumentalisation du droit des sociétés », *RJC* 2002, n° 3, p. 108 et s. Un exemple de cette assouplissement réside dans l'adoption de la société par actions simplifiée (SAS) par la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994. Cette forme sociale va concilier une grande liberté statutaire et une responsabilité limitée des dirigeants sociaux.

marge de manœuvre pour les futurs dirigeants sociaux : la liberté contractuelle était très encadrée. Un autre exemple est celui de l'assouplissement des dispositions relatives au capital social minimum imposé par le droit danois : de façon pragmatique, le Danemark, bien qu'ayant contesté l'immatriculation de la succursale de la société Centros, a modifié sa législation dans le sens d'une plus grande souplesse⁷⁶¹.

En définitive, aucun Etat membre ne semble encore prêt à se lancer dans une déréglementation excessive de son droit des sociétés de manière à attirer les investissements étrangers et les sièges sociaux de direction de sociétés étrangères. Dans son acception la plus stricte, il n'y a pas d'effet Delaware européen mais il existe bel et bien une course entre les Etats membres visant à rendre leur droit des sociétés plus attractif en adoptant des mesures plus souples.

2. La remise en cause du critère du siège réel comme critère de rattachement des sociétés.

269. Dans le cadre de l'Union européenne, la théorie du siège réel a été implicitement déclarée non conforme au droit d'établissement consacré par les articles 49 et 54 TFUE et par la jurisprudence « *Überseering* » du 5 novembre 2002⁷⁶². L'arrêt « *Centros* » de la CJCE, admettant l'impossibilité pour l'Etat d'accueil de s'opposer à la liberté d'établissement, a été l'occasion pour la doctrine allemande de s'interroger sur la pertinence du rattachement des sociétés par le siège réel⁷⁶³. La doctrine allemande tenta même de limiter la portée de cet arrêt à l'hypothèse où deux Etats adeptes de l'incorporation seraient concernés par l'exercice du libre établissement d'une société rattachée à l'un des deux Etats et souhaitant créer un établissement secondaire dans le deuxième Etat. Toutefois, les arrêts « *Überseering* » et

⁷⁶¹ T. Mastrullo, thèse préc., n° 1029 ; F. Pernazza, « Les sociétés non cotées en Europe : harmonisation et modèles nationaux en concurrence », *Les Petites Affiches*, 24 janvier 2001, n° 17, p. 25 et s.

⁷⁶² Arrêt préc. V. *Bull. Joly* 2003, p. 452, § 92, note M. Luby ; *JCP G*, 2003, II, n° 10032, note M. Menjucq ; *rev. Europe*, 2003, comm. n° 19, obs. M. Luby ; M. Menjucq, *Bull. Joly sociétés*, novembre 2003, n° 11, juris.

⁷⁶³ J.-B. Blaise, art. précité.

« *Inspire Art* » démontrent que la doctrine allemande avait judicieusement appréhendée le caractère désuet du siège réel comme critère de rattachement dans l'Union européenne. Désormais, il est impossible pour un Etat membre consacrant le siège réel comme critère de rattachement juridique de s'opposer au libre établissement d'une société ressortissante d'un autre Etat membre. Sur ce point, un auteur estime que la position de la Cour de Luxembourg n'est pas si catastrophique pour ces Etats et qu'elle n'a pas que des effets négatifs⁷⁶⁴. Cette jurisprudence a le mérite de combler le vide juridique laissé par les Etats membres et les institutions de l'Union européenne s'agissant de la réglementation du transfert du siège social réel sur le territoire d'un autre Etat membre.

270. S'agissant du droit français, la position du droit de l'UE devrait renforcer la théorie de la doctrine moderne selon laquelle le droit positif français se situe à mi-chemin entre le critère formaliste de l'incorporation et le critère du siège réel. Pour la reconnaissance des sociétés étrangères, la jurisprudence française se réfère au seul siège statutaire : si la localisation en un autre lieu révèle une fraude, alors la reconnaissance est refusée. S'agissant de la détermination de la *lex societatis*, le siège statutaire est le critère de principe sauf en cas de fraude à la loi de la part des fondateurs ou si un tiers se prévaut de la localisation du siège réel en un autre lieu. La jurisprudence *Inspire Art* ne permet toutefois pas aux tiers de se prévaloir du siège réel : cela reviendrait à dénier à la société en cause le droit au libre établissement. D'après M. Menjucq⁷⁶⁵, cet arrêt renforce le principe prôné par la doctrine moderne consacrant le siège statutaire comme critère principal de rattachement. Concernant la détermination de la nationalité des sociétés, l'arrêt du 21 décembre 1990⁷⁶⁶ pose une présomption simple en faveur du siège statutaire. En cas de dissociation des sièges réel et statutaire, le siège réel est déterminant dans la recherche de la nationalité de la société même si aucune fraude n'est avérée. Conscient des fluctuations de la jurisprudence et de la doctrine dans la détermination

⁷⁶⁴ L. Idot, art. précité. Cet auteur s'appuie sur la démonstration de B. Goldman selon laquelle une société peut procéder à la dissociation de son « *domicile personnel* », le siège statutaire, et le domicile économique, autrement dit le siège réel. Cette dissociation permet ainsi aux sociétés de circuler sans entraves dans l'Union européenne tout en conservant leur siège statutaire et en restant soumises à la même *lex societatis*. La permanence de la loi applicable à la société est un gage de sécurité juridique aussi bien à l'égard des tiers que des associés.

⁷⁶⁵ M. Menjucq, art. précité.

⁷⁶⁶ Cass., ass. plé., 21 décembre 1990, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 70 ; *D.* 1991, p. 305.

d'un critère unique et stable de rattachement des sociétés, M. Menjucq plaide pour une harmonisation du critère du siège social à l'échelle du droit de l'UE⁷⁶⁷. Cette harmonisation est parfaitement envisageable dans le cadre du droit de l'UE dans la mesure où il existe déjà des instruments juridiques consacrant l'unité du siège social dans des matières spécifiques comme le règlement CE n° 1346/2000 du 29 mai 2000, entré en vigueur le 31 mai 2002, sur les procédures d'insolvabilité⁷⁶⁸. Cette règle matérielle unifiant le régime juridique de la faillite intra UE a pour conséquence que le système de rattachement pris en considération par le droit de l'UE en la matière est le siège réel. Toutefois, l'on peut émettre des réserves quant à une généralisation d'un critère unique de rattachement juridique des sociétés dans l'Union européenne. Sur ce point, les divergences entre les Etats membres risquent d'être insolubles et la découverte d'un principe unique des plus hypothétiques même si, en pratique, l'action prétorienne de la Cour de justice permet de combler les lacunes du droit de l'UE.

Récemment, la Cour de justice a été saisie de l'affaire « *Cartesio* » dont l'épilogue était très attendue par les doctrines européennes⁷⁶⁹. En l'espèce, une société de droit hongrois souhaitait transférer son siège statutaire vers un autre Etat membre tout en conservant sa nationalité et la compétence de sa loi nationale. L'intérêt de l'arrêt résidait dans le fait que la doctrine espérait que le juge de Luxembourg transpose sa jurisprudence libérale en matière de liberté d'établissement du siège réel au siège statutaire. Toutefois, la juridiction de l'Union ne répondra pas aux attentes de la doctrine européenne.

⁷⁶⁷ M. Menjucq, « La notion de siège social : une notion introuvable (...) », art. précité. Le considérant n° 14 du règlement CE n° 1346/2000 précise qu'il n'a vocation à s'appliquer qu'aux seules « *procédures dans lesquelles le centre des intérêts principaux du débiteur est situé dans la Communauté* ».

⁷⁶⁸ Le règlement CE n° 1346/2000 du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité ne vise pas les sociétés d'assurances et les établissements de crédit qui sont soumis aux directives du 19 mars et du 4 avril 2001 relatives à l'assainissement et à la liquidation des entreprises d'assurances et des établissements de crédit.

⁷⁶⁹ CJCE, 16 décembre 2008, « *Cartesio* », aff. C-210/06, *JCP* 2009, II, 10027, note M. Menjucq ; *JCP E* 2009, 1208, note F. Mélin ; *D.* 2009, p. 465, note R. Kovar ; R. Dammann, L. Wynaendts, R. Nader, « La renaissance inattendue de la théorie du siège réel », *D.* 2009, p. 574 ; A.-S. Cornette de Saint-Cyr, « Le transfert de siège social transfrontalier », *JCP E*, 2009, 1286 ; *RTD com.* 2009, p. 227, obs. G. Cazottes ; *Rev. soc.* 2009, 147, note G. Parléani ; *JDI* 2009, Chron. juris. du Trib. et de la CJCE, p. 685 ; *JDI* 2009, p. 889, note T. Vignal ; *D.* 2009, p. 2387, obs. L. d'Avout ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 548, note J. Heymann ; G. Parléani, « L'arrêt *Cartesio*, ou l'ingénieuse incitation à la migration intracommunautaire des sociétés », *Rev. soc.* n° 1/2009, p. 147.

§ 2. L'arrêt « *Cartesio* » de la CJCE du 16 décembre 2008 : le refus du transfert du siège statutaire.

271. Une société ressortissante d'un Etat membre de l'Union européenne peut-elle, sur le fondement de la liberté d'établissement, transférer son siège statutaire dans un autre Etat membre sans perdre sa personnalité morale ? Cette affaire était l'occasion pour le juge de l'Union européenne de confirmer ou d'infirmer, en matière de transfert de siège statutaire, sa jurisprudence relative au transfert du siège réel. La jurisprudence de la CJUE en matière de liberté d'établissement permet aux sociétés de se livrer à un véritable *law shopping* en décidant d'implanter leur siège réel sur le territoire de l'Etat dont le marché est visé tout en maintenant leur siège statutaire dans l'Etat d'origine. Le rapport d'impact élaboré par la Commission européenne en 2007⁷⁷⁰ soulignait le caractère prématuré d'une réglementation dans la mesure où la Cour de justice allait se prononcer dans l'affaire « *Cartesio* ». Malheureusement, les attentes de la Commission européenne et de la doctrine européenne seront déçues puisque la Cour de Luxembourg reconnaît la faculté à l'Etat d'origine de la société de s'opposer à tout transfert de son siège statutaire tout en conservant sa personnalité juridique et sa *lex societatis*. Le transfert du siège statutaire n'intervient que de façon indirecte par l'exercice d'une fusion⁷⁷¹ intra UE ou directe par le recours à des formes sociales créées par le droit de l'UE comme la SE ou le groupement européen d'intérêt général (GEIE)⁷⁷². Aucun accord n'a pu être trouvé entre les Etats membres sur le transfert du siège statutaire avec le maintien de la *lex societatis* : l'article 293 CE qui prévoyait des négociations entre les Etats membres sur l'adoption d'un statut juridique en la matière a été abrogé par le traité de

⁷⁷⁰ Mue par cette volonté indéfectible de favoriser au maximum la mobilité des sociétés, la Commission européenne insista sur l'adoption d'un cadre juridique plus souple que celui de la SE de manière à répondre au mieux aux attentes des petites et moyennes entreprises : l'adoption de la SPE (société privée européenne) devrait répondre à cette attente.

⁷⁷¹ L'adoption de la dixième directive du 26 octobre 2005 sur les fusions de sociétés de capitaux dans l'Union européenne reconnaît la possibilité pour des sociétés de capitaux situés dans des Etats membres différents de fusionner sans les conséquences inhérentes à une cessation d'activité. En outre, sur ce point, la CJCE a reconnu explicitement dans l'arrêt « *Sevic Systems AG* » la possibilité pour la société absorbée de transférer son siège dans l'Etat de la société absorbante : l'Etat d'accueil devant obligatoirement reconnaître cette société. Arrêt préc.

⁷⁷² Le cadre juridique institué par le règlement CE sur la société européenne permet aux sociétés participantes de transférer leur siège statutaire sans opposition de l'Etat d'origine sauf s'il existe des raisons impérieuses d'intérêt général comme une fraude avérée aux droits des actionnaires ou des créanciers. Le transfert de siège social par création d'une SE précédant l'ouverture d'une procédure collective sera déclaré illégal.

Lisbonne, de plus aucun instrument de droit dérivé n'a été adopté sur le fondement de l'article 50 TFUE⁷⁷³.

A/ L'analyse de l'affaire « Cartesio » : le maintien de la distinction entre l'Etat de sortie et l'Etat d'entrée.

272. L'enjeu de cette affaire était l'harmonisation du régime juridique du transfert de siège statutaire dans l'Union européenne, autrement dit l'étendue de la liberté d'établissement à titre principal. En l'espèce, la société Cartesio est une société en commandite simple de droit hongrois ayant son siège à Baja en Hongrie. Le 11 novembre 2005, la société en question déposa une demande de modification d'une mention au registre du commerce pour que soit mentionnée désormais la nouvelle adresse de son administration centrale en Italie. Les juges hongrois refusèrent qu'une telle mention soit portée au registre du commerce hongrois au motif que la loi hongroise, appliquant la théorie du siège réel, ne permettait pas aux sociétés constituées en Hongrie de transférer leur administration centrale dans un autre pays tout en restant régies par le droit hongrois. D'après les juridictions hongroises, la seule possibilité qui s'offre à la société Cartesio pour transférer valablement son siège réel en Italie est la constitution d'une nouvelle société dans l'Etat d'implantation visé. Décision lourde de conséquences puisqu'elle s'assimile à une cessation d'activité et à une dissolution de la société. Cette décision hongroise est-elle en accord avec les dispositions du droit de l'UE relatives à la liberté d'établissement ? Les juges hongrois saisirent la Cour de justice d'une question préjudicielle sur la possibilité d'un tel transfert du siège réel vers un autre Etat membre avec le maintien de la personnalité morale et la compétence exclusive de la *lex*

⁷⁷³ Ex. art. 44 CE. G. Cazottes, « Le transfert de siège : *statu quo* ou revirement ? », *Bull. Joly sociétés*, octobre 2008, n° 177 ; L. Idot, « Transfert de siège social sans changement de loi applicable », *Rev. Europe* n° 2, fév. 2009, note sous CJCE, grande ch., « Cartesio », 16 déc. 2008, aff. C-210/06 ; R. Dammann, « Le droit international privé des sociétés face à la liberté d'établissement », *Bull. Joly sociétés* juin 2009, n° 6, § 121, p. 593, note sous CJCE, 16 déc. 2008, « Cartesio », aff. C-210/06. La jurisprudence de la CJUE a été tempérée par cet arrêt, certains auteurs y voient là une renaissance du critère du siège réel même si l'on doit concéder que le transfert de siège social avec changement de loi applicable est autorisé par la Cour de justice.

*societatis*⁷⁷⁴. Les conclusions de l'avocat général⁷⁷⁵ allaient dans le sens souhaité par la doctrine européenne d'une acceptation par la jurisprudence de la CJUE du transfert du siège social dans un autre Etat sans les conséquences liées à la cessation d'activité et à la perte de la personnalité juridique. L'avocat général rappela la jurisprudence applicable en matière d'établissement secondaire et affirma l'impossibilité pour un Etat de s'opposer au transfert du siège réel en vertu des articles 43 CE et 48 CE – 49 et 54 TFUE – et ce, même pour des raisons impérieuses d'intérêt général liées à la protection des tiers, ou pour éviter l'application des dispositions fiscales impératives. La volonté affichée de l'avocat général était le revirement de la jurisprudence « *Daily Mail* » empêchant une société de transférer son siège social et de quitter son Etat d'origine. En l'espèce, la Hongrie n'aurait pas le droit de refuser le transfert du siège social de la société Cartesio sans dissolution et sans perte de sa personnalité morale. L'enjeu était d'unifier la jurisprudence de l'Union européenne en matière de liberté d'établissement en reconnaissant que le transfert du siège statutaire vers un autre Etat membre constituait une modalité du droit d'établissement reconnue aussi bien par l'Etat d'origine de la société que par l'Etat d'accueil. Toutefois, la création prétorienne escomptée et palliant le défaut d'harmonisation en matière de transfert du siège statutaire dans l'Union européenne n'a pas eu lieu.

273. Dans cette affaire, la Cour de justice va maintenir la distinction préalablement établie en matière d'établissement secondaire entre l'Etat de sortie de la société invoquant le droit au

⁷⁷⁴ « 4. A/ Si une société constituée et inscrite au registre des sociétés en Hongrie en vertu du droit hongrois désire transférer son siège social dans un autre Etat membre de l'Union, cette question est-elle régie par le droit communautaire ou les dispositions des droits nationaux sont-elles, en l'absence d'harmonisation, applicables exclusivement ?

B/ Une société hongroise peut-elle demander le transfert de son siège social dans un autre Etat membre de l'Union en invoquant directement le droit communautaire (en l'occurrence les articles 43 CE et 48 CE) ? Dans l'affirmative, un tel transfert peut-il être soumis – que ce soit par l'Etat d'origine ou par l'Etat hôte – à une quelconque condition ou autorisation ?

C/ Faut-il interpréter les articles 43 CE et 48 CE en ce sens qu'est incompatible avec le droit communautaire une règle ou pratique de droit interne qui fait, en ce qui concerne l'exercice des droits intéressant les sociétés commerciales, une distinction entre lesdites sociétés selon l'Etat membre dans lequel se trouve leur siège social ?

D/ Faut-il interpréter les articles 43 CE et 48 CE en ce sens qu'est incompatible avec le droit communautaire une règle ou pratique de droit interne qui empêche une société hongroise de transférer son siège social dans un autre Etat membre de l'Union ? »

⁷⁷⁵ Aff. C-210/06, concl. de l'avocat général M.-N. Poiares Maduro présentées le 22 mai 2008.

libre établissement et l'Etat d'entrée. S'agissant du droit de sortie d'un Etat membre, la Cour affirma dans l'arrêt « *Daily Mail* »⁷⁷⁶ que le droit d'établissement ne saurait conférer « *aux sociétés de droit national un droit de transférer leur siège de direction et leur administration centrale dans un autre Etat membre tout en gardant leur qualité de société de l'Etat membre selon la législation duquel elles ont été constituées* ». Les arrêts « *Centros* », « *Überseering* » et « *Inspire Art* » se focalisent sur le droit d'entrée des sociétés dans un autre Etat membre. Dans ces arrêts, la Cour de justice applique les dispositions relatives au droit d'établissement aux mesures de l'Etat membre d'accueil qui pourraient s'opposer au transfert du siège réel de la société par un refus d'immatriculation d'une succursale, par l'application de règles nationales particulières, ou encore par le refus de reconnaître la société et sa capacité juridique en raison de la dissociation des sièges réel et statutaire⁷⁷⁷. La doctrine européenne espérait voir dans cet arrêt la fin de la distinction entre le droit de sortie et le droit d'entrée d'une société ressortissante d'un Etat membre sur le territoire d'un autre Etat membre. Comme le constate justement un auteur, cette jurisprudence a deux vitesses en matière de liberté d'établissement révèle une contradiction de la part de la Cour de justice⁷⁷⁸. La différence de traitement résulte de la faculté laissée à un Etat de contrôler la sortie de ses sociétés si sa législation l'impose. Cette jurisprudence va toucher au premier plan les pays retenant le siège réel comme critère de rattachement. *A priori*, un pays consacrant l'incorporation ne s'oppose pas au transfert du siège réel dans un autre Etat membre. En outre, l'Etat d'accueil, même s'il s'agit d'un Etat retenant le siège réel comme critère principal de rattachement, doit reconnaître le nouveau siège réel de la société. La jurisprudence est très claire sur ce point : un pays de siège réel ne peut en aucun cas s'opposer à l'implantation du siège réel d'une société incorporée dans un autre Etat membre. L'arrêt « *Cartesio* » précise que l'Etat membre a la possibilité de ne pas permettre à une société relevant de son droit national de conserver cette qualité quand elle entend se réorganiser dans un autre Etat membre par le déplacement de son siège sur le territoire de ce dernier, rompant ainsi le lien de rattachement que prévoit le droit national de l'Etat membre de constitution⁷⁷⁹. En outre, dans le point n° 116 de l'arrêt, la Cour estime que

⁷⁷⁶ Arrêt préc.

⁷⁷⁷ G. Jazottes, art. précité.

⁷⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁷⁹ Point 110 de l'arrêt « *Cartesio* », préc.

les règles relatives au transfert du siège dans un autre Etat membre contenues dans des règlements comme le règlement CE n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 relatif à la SE, le règlement n° 2137/85/CEE relatif au GEIE, ou bien le règlement du 22 juillet 2003 sur la SEC devraient s'appliquer *mutadis mutandis* au transfert transfrontalier du siège réel d'une société constituée selon le droit national d'un Etat membre. Sur ce point précis, la Cour de justice constate que le transfert de siège social va nécessairement entraîner le changement de la loi applicable à la société⁷⁸⁰. La Cour relève également que la volonté de la société était de transférer son siège réel en Italie mais en conservant sa personnalité morale, autrement dit sans modification de la *lex societatis*. La Cour de justice n'a pas été jusqu'à reconnaître le droit pour une société de transférer son siège réel dans un autre Etat membre sans restriction possible de la part de l'Etat de sortie. En effet, elle justifie sa décision sur deux fondements :

– tout d'abord, le rattachement juridique des sociétés relève de la compétence exclusive des Etats membres, le critère de rattachement juridique est laissé à l'appréciation de chaque Etat membre ;

– ensuite, en se fondant sur le principe de la compétence de l'Etat en matière de rattachement des sociétés, la Cour va établir une nouvelle distinction selon que le transfert du siège réel emporte changement ou non de la loi applicable.

La Cour de justice prend note des lacunes du droit de l'UE en matière de réglementation du transfert transfrontalier du siège social et constate qu'il appartient, « *en l'état actuel du droit communautaire* », à chaque Etat de définir les sociétés susceptibles de bénéficier des libertés d'établissement⁷⁸¹. De façon pragmatique, la Cour de justice compare le rattachement juridique des sociétés à la nationalité des personnes physiques pour démontrer qu'il s'agit là d'un domaine exclusif de compétence des Etats membres. La position de la Cour de justice en matière de liberté d'établissement à titre secondaire laisse penser que la jurisprudence « *Daily Mail* » aurait été abandonnée mais il n'en est rien. L'arrêt « *Cartesio* » s'inscrit totalement dans le prolongement de cette jurisprudence et reconnaît le droit à l'Etat de sortie de la société

⁷⁸⁰ Point 117, arrêt « *Cartesio* », préc.

⁷⁸¹ *Ibid.* En ce sens, M. Menjucq, « Les possibilités de transfert de siège social au sein de la Communauté européenne », *JCP G* n° 7, 11 février 2009.

de s'opposer au transfert de son siège réel⁷⁸².

B/ Le changement de loi applicable consécutif au transfert du siège : élément déclencheur de la liberté d'établissement.

274. Si le transfert emporte un changement de la *lex societatis*, alors l'Etat de départ ou de sortie ne peut pas s'opposer au transfert. En revanche, si le transfert n'emporte pas de modification de la loi applicable, l'Etat de départ peut s'opposer au transfert du siège réel⁷⁸³. La solution préconisée par l'avocat général dans ses conclusions aurait eu pour effet d'anéantir la théorie du siège réel dans l'Union européenne. La distinction fondamentale entre la théorie du siège réel et l'incorporation aurait totalement disparu puisque le premier système impose à la société la localisation géographique du siège social dans l'Etat de constitution pour bénéficier de la personnalité morale. Dès lors qu'une société ressortissante d'un Etat membre souhaite transférer son siège réel sur le territoire d'un autre Etat membre avec changement de la *lex societatis*, l'Etat d'origine ne peut pas s'y opposer si l'Etat d'accueil accepte une telle opération⁷⁸⁴. Le changement de la loi applicable à la société va conditionner l'exercice du droit au libre établissement dans cette hypothèse. Si la société envisage de conserver sa personnalité juridique alors que son Etat d'origine s'y oppose – sa législation se réfère au critère du siège réel – l'Etat peut soumettre le transfert du siège de la société à des conditions très strictes ou l'empêcher. En revanche, si le transfert de siège social s'accompagne d'une modification de la loi applicable, l'Etat d'origine ne peut en aucune manière s'y opposer. Il s'agit là d'une modalité normale de l'exercice de la liberté

⁷⁸² Notes précitées sous l'arrêt « *Cartesio* ». Dans le même sens, D. Deak, « Outbound establishment revisited in *Cartesio* », *EC Tax Review* 2008, n° 6, p. 250.

⁷⁸³ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, op. cit., n° 1058-1 ; M. Menjucq, « Les possibilités de transfert de siège social au sein de la Communauté européenne », art. précité ; T. Mastrullo, thèse préc., n° 417, p. 210.

⁷⁸⁴ Points 111 à 113 de l'arrêt *Cartesio* : comme le remarque justement M. Mastrullo (thèse préc., note 849, p. 210), la CJUE vise le transfert du siège statutaire qui ne fait l'objet d'aucune réglementation par le droit de l'UE et qui va entraîner un changement de la loi applicable dans la très grande majorité des cas. *A contrario*, le transfert du siège réel en droit de l'UE ne va pas s'accompagner d'une modification de la *lex societatis* si le pays d'origine de la société utilise l'incorporation comme critère de rattachement des sociétés.

d'établissement à titre principal⁷⁸⁵. L'on peut regretter que la Cour de justice n'ait pas été jusqu'au bout de sa logique en autorisant le transfert du siège statutaire même sans changement de la loi applicable. Le mouvement institué depuis l'arrêt « *Centros* », consacrant le libre établissement du siège réel, jusqu'à l'arrêt « *Sevic Systems AG* », faisant de la fusion intra UE une modalité indirecte du transfert du siège statutaire, laissait croire à une future libéralisation du transfert transfrontalier du siège statutaire dans l'Union européenne. La liberté d'établissement des sociétés dans l'Union européenne aurait été totale et le défaut d'harmonisation positive du transfert du siège statutaire dans l'Union aurait été comblé par la création prétorienne de la Cour de justice. Cependant, il est vrai qu'une telle jurisprudence aurait définitivement condamnée le siège réel comme système de rattachement juridique des sociétés mais uniquement dans l'Union européenne.

Conclusion :

275. La Cour de justice permet finalement aux sociétés ressortissantes des Etats membres de transférer leur siège réel dans un autre Etat membre si celui-ci s'accompagne d'un changement de la loi applicable⁷⁸⁶. Même si cette jurisprudence interdit à une société de transférer son siège réel dans un autre Etat membre tout en conservant sa personnalité juridique. Désormais, une société rattachée à un Etat membre dispose d'une liberté totale pour transférer son siège réel dans un autre Etat membre dès lors que celui-ci entraîne l'application

⁷⁸⁵ La CJUE ne reconnaît pas aux Etats membres la possibilité de restreindre le transfert du siège réel avec changement de la loi applicable : dans le point 112 de l'arrêt *Cartesio*, la Cour affirme que le traité CE « ne saurait (...) justifier que l'Etat membre de constitution, en imposant la dissolution et la liquidation de cette société, empêche celle-ci de se transformer en une société de droit national de l'autre Etat membre pour autant que ce droit le permette ». Si l'Etat d'accueil ne s'oppose pas au transfert du siège d'une société étrangère sur son sol, alors l'Etat d'accueil ne peut pas refuser le transfert. La CJCE s'appuie sur l'article 43 CE et assimile toute mesure empêchant le transfert du siège social dans un autre Etat membre sans dissolution et liquidation de la société à une mesure restrictive de la liberté d'établissement : « un tel obstacle à la transformation effective d'une telle société sans dissolution et liquidation préalables en une société de droit national de l'Etat membre dans lequel celle-ci souhaite se déplacer constituerait une restriction à la liberté d'établissement de la société concernée qui, à moins qu'elle ne soit justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général, est interdite en vertu de l'article 43 CE » (point 113 de l'arrêt *Cartesio*). La seule limite réside dans l'existence d'un intérêt général nécessitant de restreindre le libre établissement de la société : il peut s'agir d'une volonté de fraude à la loi fiscale ou aux intérêts des créanciers.

⁷⁸⁶ Arrêt « *Cartesio* », préc.

d'une nouvelle loi applicable. Une conséquence importante de cette jurisprudence est que le critère du siège réel comme critère de rattachement juridique des sociétés est préservé. Si la Cour de justice avait admis le transfert du siège réel dans un autre Etat membre sans changement de la loi applicable à la société, la conséquence juridique aurait été similaire à la solution tolérée par le critère de rattachement de l'incorporation : la société peut librement, sans aucune entraves, transférer son siège réel dans un autre Etat tout en restant soumise au même régime juridique. Les Etats membres de l'Union européenne adeptes du siège réel pour déterminer le rattachement des sociétés gardent ainsi un certain contrôle sur la société qui souhaiterait transférer son siège réel dans un autre Etat membre tout en conservant la même *lex societatis*. Le droit de l'UE a incidemment relancé le débat sur la nationalité des sociétés et la détermination de la loi applicable, mais aussi sur la question de la reconnaissance des sociétés issues d'un Etat membre. La doctrine parle même de renaissance du critère du siège réel depuis l'arrêt « *Cartesio* »⁷⁸⁷. La Cour de justice agit donc comme un véritable « *régulateur indirect* »⁷⁸⁸ de la liberté d'établissement au sein de l'Union européenne. Par ailleurs, la nationalité des sociétés trouve un nouveau souffle dans la création d'instruments juridiques comme la société européenne (SE) dont le rattachement et la détermination de la loi applicable peuvent soulever des difficultés. Nous verrons donc quels sont les problèmes juridiques résultant de l'adoption du statut de la société européenne ou de la future société privée européenne (SPE).

⁷⁸⁷ R. Dammann, « Le droit international privé des sociétés face à la liberté d'établissement », art. précité.

⁷⁸⁸ T. Bangui, « Liberté d'établissement et fiscalité directe. Quelques réflexions sur la pratique et la jurisprudence fiscales communautaires », *Rev. du marché commun de l'Union européenne*, avril 2010, n° 537, p. 257.

CHAPITRE II : LE RATTACHEMENT JURIDIQUE DE LA *SOCIETAS EUROPAEA* (SE).

276. Après plusieurs décennies de laborieux travaux, le Conseil de l'Europe a adopté le 8 octobre 2001 le règlement CE n° 2157/2001 portant statut de la société européenne (SE) et la directive CE n° 2001/86⁷⁸⁹ complétant le règlement CE pour ce qui concerne l'implication des travailleurs dans la SE : ces deux textes sont entrés en vigueur le 8 octobre 2004, date limite de la transposition de la directive CE n° 86/2001 sur l'implication des salariés. Le projet de créer une société de dimension européenne et détachée de tout rattachement étatique a été initié très tôt par les fondateurs de la Communauté européenne⁷⁹⁰. Il apparaissait nécessaire d'offrir la possibilité aux sociétés ressortissantes des Etats membres de pouvoir circuler librement dans l'Union européenne et cela passait également par la création d'une entité juridique totalement autonome sur le plan juridique. Les questions qui nous intéressent sont celles du rattachement de la SE à un ordre juridique déterminé et le transfert de siège social dans un autre Etat membre. En outre, la mise en place de la SE a entraîné une concurrence des droits nationaux des Etats membres puisque son statut juridique est à géométrie variable : il s'agit d'une société dont le rattachement juridique est double. La SE est rattachée à un ordre juridique d'un Etat membre mais elle obéit également à un socle commun de règles uniformes applicables à toutes les SE. La SE peut librement choisir au moment de la fixation de son siège social la loi de l'Etat membre qui lui paraît la plus adaptée à ses besoins.

⁷⁸⁹ Ces deux textes ont été publiés au *JOCE* n° L. 294, 10 novembre 2001 (et *JOUE* 2003 L. 302 pour la SE). La directive relative à l'application du régime de cogestion des salariés a été transposée en France par la loi n° 2005/842 du 26 juillet 2005 relative à la confiance et à la modernisation de l'économie, *JO* n° 176, 27 juillet 2005.

⁷⁹⁰ L'idée de créer une société européenne remonte à la fin des années 40 avec la proposition du Conseil de l'Europe de créer des « compagnies européennes », mais cette proposition a été rapidement écartée. Il a fallu attendre 1965 avec la relance officielle de la France et la publication d'un mémorandum incitant la Commission à former un groupe d'experts pour travailler sur un avant-projet de SE. S'ensuit la publication du célèbre rapport Sanders en 1967 instaurant un véritable statut juridique de la SE avec les modalités de constitution. P. Sanders, *Projet d'un statut des sociétés anonymes européennes* par M. le professeur Pieter Sanders, coll. « Études », série « Concurrence », n° 6, Bruxelles, 1967.

Nous verrons tout d'abord la problématique du rattachement juridique de la SE (section I) avec les difficultés soulevées par le transfert du siège social de la SE et les problèmes pratiques mis en évidence par l'adoption de ce statut particulier, puis dans un second point nous exposerons les particularités juridiques d'un autre groupement du droit de l'UE très attendu par les milieux d'affaires, à savoir la future société privée européenne qui devrait prendre en considération les lacunes juridiques de la SE (section II).

Section I : La nationalité de la société européenne (SE).

277. Quelle est la véritable nationalité de la SE ? Comment procéder au rattachement juridique de la SE ? Ces questions liées à la détermination de la loi applicable au statut juridique de la SE remettent à l'ordre du jour la détermination de la nationalité des sociétés dans l'Union européenne. Depuis l'instauration du règlement CE n° 2157/2001 relatif au statut de la SE⁷⁹¹, des sociétés ressortissantes aux Etats membres de l'Union peuvent librement décider de créer une nouvelle entité juridique dont le statut juridique est déterminé par la localisation du siège réel dans l'un des Etats membres, mais également par le droit de l'UE en application des règles édictées par le règlement CE n° 2157/2001 (sous-section I). En outre, le transfert du siège social de la SE va être un vecteur favorisant la libre circulation des sociétés dans l'Union européenne puisqu'il est envisagé par le règlement CE relatif au statut de la SE et qu'il n'entraîne pas de changement de nationalité de la SE (sous-section II). Nous verrons enfin quels sont les arguments en faveur d'une nationalité européenne de la société européenne (sous-section III).

⁷⁹¹ En droit français, il est possible de créer des sociétés européennes depuis la publication du décret n° 2006/448 du 14 avril 2006 relatif à la SE (*JO* du 16 avril 2006).

Sous-section I : La nature hybride de la SE.

278. La question qui se pose est de déterminer la nationalité de la SE. S'agit-il vraiment d'une société européenne ou n'est-ce qu'une simple société nationale dont le statut juridique est partiellement défini par le droit de l'UE ? Le règlement relatif à la SE fait énormément de renvois aux droits nationaux des Etats membres⁷⁹², ce qui limite la portée de son caractère européen (§ 1). De plus, son immatriculation ne sera autorisée que si elle respecte les dispositions du règlement CE n° 2157/2001 qui prévoit que tout régime de cogestion préexistant doit être maintenu dans les statuts de la SE (§ 2). Enfin, la SE ne dispose pas d'un régime fiscal uniforme puisqu'aucun compromis n'a pu être dégagé par les Etats membres sur ce point précis (§ 3).

§ 1. La dualité du rattachement juridique de la SE.

279. L'adoption de la SE n'est due qu'à un compromis entre les Etats membres de l'Union européenne s'agissant de son statut juridique mais aussi concernant la tant décriée cogestion des salariés si chère au droit allemand (A). En outre, le règlement CE relatif à la SE prend totalement le contrepied de la jurisprudence de la CJUE en retenant le siège réel de la SE pour déterminer son rattachement juridique (B).

A/ Le compromis relatif au statut juridique de la SE.

280. L'Union européenne, consciente des divergences entre les législations nationales, accorda un délai de trois ans⁷⁹³ aux Etats membres pour adapter leur législation au statut de la

⁷⁹² J.-P. Brouillard, « La S.A.E. : la “société approximativement européenne” », *JCP* éd. E, n° 3, 18 janvier 2007, n° 1100, pp. 39 à 44.

⁷⁹³ Les textes relatifs à la SE prévoyaient une entrée en vigueur au 8 octobre 2004 : art. 70 du règlement CE n° 2157/2001 du 8 octobre 2001. La directive devait être transposée à la même date. En France, il a fallu attendre la loi n° 2005/842 du 26 juillet 2005 puis le décret d'application n° 2006/448 du 14 avril 2006 (*J.O.* 10 novembre 2006), et le décret n° 2006/1360 du 9 novembre 2006 relatif à l'implication des travailleurs dans la SE.

SE étant donné que la loi applicable au statut de la SE est celle du pays d'implantation du siège réel. Il n'existe pas de profil type de SE : la doctrine⁷⁹⁴ accueilli avec beaucoup de déception le règlement relatif à la SE dans la mesure où celui-ci ne fixe pas un cadre juridique uniforme et homogène pour tous les Etats membres. En pratique, il existe autant de SE qu'il y a d'Etats membres dans l'Union européenne. Tout d'abord, la SE est régie par les dispositions du règlement CE et ensuite par les statuts de la SE. Cependant, l'article 9 du règlement⁷⁹⁵ opère des renvois aux droits nationaux des Etats membres pour toutes les questions non traitées par ce dernier. Ce renvoi trop fréquent au droit national de l'Etat membre dans lequel la SE possède son siège réel a pour conséquence que la doctrine s'accorde sur le fait que la SE n'est pas une société de type supranational dépourvue de tout rattachement juridique au droit d'un Etat membre. La SE ne serait qu'une simple société nationale de type du droit de l'UE ou encore une société hybride⁷⁹⁶. En outre, le droit applicable à la SE est trop dirigiste puisqu'aucune place n'est laissée à la liberté contractuelle⁷⁹⁷.

281. L'intérêt de la SE n'est pas à rechercher dans l'application d'une réglementation purement supranationale relevant uniquement du droit de l'UE mais dans la possibilité de transférer librement son siège social dans l'Union européenne. Jusqu'à l'adoption de la dixième directive relative à la fusion des sociétés de capitaux⁷⁹⁸, la SE restait le meilleur moyen de transférer le siège statutaire sans subir les conséquences fâcheuses du transfert

⁷⁹⁴ JCP E, n° 3, 18 janvier 2007, p. 41 ; JCP E, n° 11, 15 mars 2007, p. 9 ; A. Outin-Adam et A.-M. Reita-Tran, « Après la « société européenne » (SE), les entreprises attendent la « société privée européenne » (SPE) », *Rev. du marché commun et de l'Union européenne* n° 507, avril 2007, pp. 233 à 238 ; M. Menjucq, « Les atouts et faiblesses de la SE », *Bull. Lamy soc. commerciales* 2005, n° 182 ; C. Roth, « La *Societas Europaea* : un outil commun de l'union économique et monétaire », *RLDA* 2002, n° 48, n° 3129 ; M. Menjucq, « Quels sont les attraits de la SE par rapport aux autres types de sociétés françaises ? », *RLDA* juin 2007, n° 17 ; H. le Nabasque, « La société européenne », *Dalloz* 2003, p. 178 ; C. Cathiard, « La SE en droit français », *Rev. droit des soc.* juin 2006, n° 1, pp. 5 à 9 ; N. Lenoir, *La Societas europaea ou SE. Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise*, La Documentation française 2007, rapport remis au Garde des Sceaux le 19 mars 2007.

⁷⁹⁵ L'art. 9. 1. c. renvoie pour toutes les matières qu'il ne traite pas aux : « i) aux dispositions des lois adoptées par les Etats membres en application des mesures communautaires visant spécifiquement la SE ; ii) aux dispositions de la loi des Etats membres qui s'appliqueraient à une SA constituée selon le droit de l'Etat membre dans lequel la SA a son siège statutaire ; iii) aux dispositions des statuts de la SE, dans les mêmes conditions que pour une SA constituée selon le droit de l'Etat membre dans lequel la SE a son siège statutaire ».

⁷⁹⁶ H. Synvet, *Rép. Internat. Dalloz*, « Société », n° 47 ; M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, n° 197 ; J.-M. Bischoff, « La SE, aspects de droit international privé », *Les Petites Affiches* 18 avril 2003, n° 43 et s., v. spéc. p. 48.

⁷⁹⁷ A. Outin-Adam et A.-M. Reita-Tran, art. précité.

⁷⁹⁸ Directive CE n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005, *JOUE* L 310 du 25 novembre 2005.

international de siège social, à savoir la perte de la personnalité juridique. Désormais, la SE et la dixième directive relative à la fusion des sociétés de capitaux dans l'Union européenne sont les moyens par excellence pour réaliser une concentration d'entreprises dans l'Union européenne⁷⁹⁹. La SE peut être constituée selon quatre modalités qui sont révélatrices de la dimension européenne que doit revêtir chaque SE créée. Elle doit entretenir des liens avec plus d'un Etat membre pour être valablement constituée⁸⁰⁰. En outre, une SE ne peut en aucune façon être créée *ex nihilo* : seules deux ou plusieurs sociétés anonymes ayant leur siège réel ou leur administration centrale sur le territoire d'au moins deux Etats membres différents peuvent participer à la création d'une SE. Tout d'abord, la SE peut être constituée par voie de fusion, les sociétés habilitées à créer une SE ne sont que les SA qui doivent également relever du droit d'au moins deux Etats membres différents. Ensuite, la seconde possibilité est de recourir à une société holding⁸⁰¹ : il peut s'agir de SA ou de SARL qui doivent nécessairement relever du droit d'Etats différents, ou avoir, depuis au moins deux ans, une filiale relevant du droit d'un autre Etat membre, ou encore, un établissement situé dans un Etat membre depuis au moins deux ans. La troisième modalité pour constituer une SE est de créer une filiale commune sous forme de SE. Ici, les sociétés participantes à la création de cette filiale commune doivent présenter avec les Etats membres les mêmes liens que ceux exigés pour la holding. Enfin, une SA relevant du droit d'un Etat membre peut se transformer en SE si et seulement si cette SA a une filiale relevant du droit d'un autre Etat membre depuis au moins deux ans. Selon l'article 10 du règlement CE n° 2157/2001, une SE est traitée comme une SA constituée selon le droit de l'Etat où se trouve son siège réel, sous réserve des dispositions du règlement. Ce principe d'assimilation de la SE à une SA nationale fait de la SE une simple SA

⁷⁹⁹ C. Cathiard, « Les régimes particuliers des opérations transfrontalières : quel est encore l'intérêt de la société européenne ? », *R. J. com.* juillet-août 2011, n° 4, p. 385. De façon indéniable, la SE est en concurrence directe avec la 10^{ème} directive CE n° 2005/56 du 26 octobre 2005 qui permet également de procéder à une opération de concentration avec une ou plusieurs sociétés possédant leur siège dans un Etat membre de l'Union européenne. Cependant, il semblerait que la SE ait finalement trouvé un rythme de croisière puisque le nombre de SE immatriculées a nettement progressé ces deux dernières années. aujourd'hui, l'on compte environ 600 SE créées sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne.

⁸⁰⁰ J.-M. Jacquet, P. Delebecque et S. Corneloup, *Droit du commerce international*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2010, 913 p., v. spéc. p. 149, n° 254 et s.

⁸⁰¹ Une société holding est une société qui détient des participations dans d'autres sociétés et qui intervient dans la gestion de ces sociétés « *dans le but d'y exercer un contrôle prépondérant. C'est un instrument de la concentration des entreprises* ». S. Guinchard et T. Debard (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques*, 18^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2011, p. 414.

dont le statut juridique varie selon l'Etat membre où la SE possède son siège réel. L'inconvénient de la variabilité du statut juridique et de la loi applicable à la SE en fait une source indéniable d'incertitude et un risque pour la sécurité juridique des tiers mais également des associés de la SE⁸⁰². L'imperfection du règlement CE n° 2157/2001 réside principalement dans l'absence d'une réglementation uniforme et homogène applicable à toutes les SE constituées sur le territoire de l'Union européenne. Il semblerait que les Etats n'aient pas accepté l'idée d'une société supranationale soumise au seul droit de l'UE.

B/ Le siège réel comme critère de rattachement juridique.

282. L'article 7 du règlement CE n° 2157/2001 relatif au statut de la SE dispose que « *le siège statutaire de la SE est situé à l'intérieur de la Communauté, dans le même Etat que l'administration centrale* ». Toutefois, l'article 7 complète ce principe et dispose qu' « *un Etat membre peut en outre imposer aux SE immatriculées sur son territoire l'obligation d'avoir leur administration centrale et leur siège statutaire au même endroit* ». Pour les Etats membres adeptes du siège statutaire, il sera impossible de dissocier les sièges réel et statutaire comme la théorie formaliste de l'incorporation le permet. Par conséquent, le principe pour la SE est la « *coïncidence* »⁸⁰³ des sièges réel et statutaire. D'après M. Menjucq, la SE serait « *purement et simplement [soumise] à la théorie du siège réel* »⁸⁰⁴. En revanche, M. Synvet considère que « *le règlement (...) ne recèle aucune règle de conflit désignant la loi du siège réel. Il contient une disposition matérielle s'efforçant d'éviter la dissociation des deux sièges* »⁸⁰⁵. La rédaction de l'article 7 du règlement CE n° 2157/2001 laisse penser qu'il s'agit effectivement d'une règle matérielle enjoignant à tous les Etats membres, peu importe le critère de rattachement juridique des sociétés qu'ils adoptent, d'imposer à toute société européenne constituée sur leur territoire de ne pas dissocier ses sièges réel et statutaire. Cette

⁸⁰² N. Lenoir, « L'avenir de la *Societas europaea* », *Journal de droit européen*, février 2003, p. 33 et s.

⁸⁰³ T. Mastrullo, thèse préc., n° 682 et s.

⁸⁰⁴ M. Menjucq, « La notion de siège social : une unité introuvable en droit international et en droit communautaire », art. précité, p. 502.

⁸⁰⁵ H. Synvet, H. Synvet, *Rép. Internat. Dalloz*, « Société », n° 47.

interdiction de la dissociation des sièges réel et statutaire prend le contrepied de la jurisprudence de la Cour de justice dans la mesure où, pour assurer l'exercice effectif de la liberté d'établissement au sein de l'Union européenne, celle-ci a expressément proclamé la possibilité pour une société ressortissante d'un Etat membre de dissocier ses sièges réel et statutaire. La jurisprudence de la CJUE permet à une société d'un Etat membre de transférer son siège réel dans un autre Etat membre même si l'essentiel de son activité ne s'effectue pas dans son Etat d'immatriculation ou de constitution⁸⁰⁶. Or, le règlement CE n° 2157/2001 prévoit un critère de rattachement beaucoup plus rigide que le critère retenu par la Cour de justice. Dès lors, il s'agit de déterminer si le règlement relatif au statut de la SE est bien conforme au droit de l'UE et, en particulier, aux articles 49 et 54 TFUE relatif à la liberté d'établissement⁸⁰⁷. Cette question *a priori* extrême va surtout être l'occasion pour nous de débattre de l'opportunité d'adopter un critère aussi rigide dans le cadre du droit de l'UE alors que la jurisprudence de la Cour de justice et le droit primaire de l'UE consacrent la libre circulation des sociétés. Nous avons pu voir que l'article 54 TFUE ne privilégie aucune critère de rattachement : l'incorporation, le siège réel et le principal établissement sont sur un pied d'égalité. Il est vrai que le siège réel est le critère de rattachement le plus fiable pour s'assurer du lien effectif entre la société et l'Etat étant donné que le centre de direction, l'administration centrale et son activité principale doivent se trouver sur le territoire de l'Etat où la société a été constituée. Toutefois, le revers de la médaille du siège réel est qu'il ne permet pas aux sociétés d'exercer effectivement leur droit au libre établissement dans un autre Etat membre d'où la position explicite adoptée par la Cour de justice en faveur du critère formaliste de l'incorporation. Le règlement CE n° 2157/2001 relatif à la SE n'est pas contraire au droit de l'UE mais la pertinence du critère de rattachement qu'il consacre peut laisser septique n'importe quel observateur au vu de l'évolution de la jurisprudence de la CJUE en matière de liberté d'établissement. L'adoption du siège réel comme critère de rattachement de la SE est paradoxale puisque le siège réel est un frein à la mobilité intra UE de la SE. La solution retenue par le règlement CE n° 2157/2001 relatif au statut de la SE s'explique par le souhait du législateur européen d'éviter qu'une SE ne soit rattachée artificiellement à l'Union

⁸⁰⁶ CJCE, *Centros, Überseering, Inspire Art*, arrêts préc.

⁸⁰⁷ En ce sens, v. T. Mastrullo, thèse préc. ; M. Menjucq, « Rattachement de la SE et jurisprudence communautaire sur la liberté d'établissement : incompatibilité ou paradoxe ? », *D.* 2003, p. 2874 et s.

européenne. La SE est un type de groupement relevant du droit de l'UE qui nécessite une attache réelle et un lien économique effectif avec au moins deux Etats membres différents. Cette règle est une disposition d'ordre public du droit de l'UE : l'accès à une personne morale de droit de l'UE n'est possible qu'aux seules sociétés ressortissantes des Etats membres de l'Union européenne.

283. Le paradoxe s'expliquerait par la nécessité d'éviter toute fraude au droit d'un Etat membre par la création d'une SE fictive sans réelle attache avec l'Union européenne⁸⁰⁸. En revanche, un auteur⁸⁰⁹ affirme que le paradoxe viendrait en réalité du fait que la SE n'est pas perçue comme un groupement régional alors que la volonté initiale des groupes de travail sur une société européenne était d'en faire une société détachée des Etats membres et soumise au seul droit de l'UE. L'article 8 du règlement CE n° 2157/2001 offre la possibilité à la SE de transférer librement son siège réel dans un autre Etat membre sans perte de sa personnalité morale ou dissolution. Cependant, cet auteur constate à juste titre que l'article 7 du règlement CE n° 2157/2001 traite la SE comme une simple société anonyme nationale dans la mesure où il « *l'enferme dans un cadre national dont les sociétés nationales tendent à s'échapper sous l'impulsion de la CJUE* »⁸¹⁰. L'article 7 du règlement qui consacre le rattachement de la SE par le siège réel empêcherait cette dernière d'atteindre sa vocation de groupement régional. En l'occurrence, la volonté du législateur européen de se protéger contre des SE sans attaches réelles avec l'Union européenne a handicapé le régime juridique de la SE en ne permettant pas à cette forme sociale de bénéficier pleinement de la liberté d'établissement en ayant la faculté de dissocier ses sièges réel et statutaire. La règle de coïncidence entre sièges réel et statutaire est sanctionnée par différentes mesures prévues à l'article 64 du règlement CE n° 2157/2001 pouvant aller jusqu'à la dissolution de la SE si les dirigeants sociaux refusent de se conformer aux dispositions du droit de l'UE. Des sociétés ressortissantes de pays tiers à l'Union européenne peuvent créer une SE par le biais de leurs filiales implantées dans l'Union d'où la nécessité d'imposer un strict contrôle, ce qui passe inévitablement par le recours au siège réel comme critère de rattachement et l'interdiction de dissocier les sièges réel et statutaire. L'objet de la restriction prévue par l'article 7 du règlement CE n° 2157/2001 est d'éviter

⁸⁰⁸ *Ibid.*

⁸⁰⁹ T. Mastrullo, thèse préc., n° 682 et s.

⁸¹⁰ *Ibid.*

qu'une société artificiellement immatriculée ou enregistrée dans un Etat membre adepte du critère formaliste de l'incorporation ne puisse participer à la création d'une SE alors qu'elle ne possède aucun élément de rattachement économique avec l'Union européenne. La seule solution envisageable et qui a été avancée par plusieurs auteurs est de profiter de la révision à venir du statut juridique de la SE pour adopter le siège statutaire comme critère de rattachement⁸¹¹. Cette modification du règlement CE n° 2157/2001 aurait le mérite de clarifier le régime juridique de la SE en prenant en considération la jurisprudence très libérale de la CJUE optant pour le critère formaliste de l'incorporation. En outre, cela permettrait de répondre aux attentes des milieux d'affaires pour qui la dissociation des sièges réel et statutaire doit être possible. Si l'on compare le statut de la SE sur ce point précis avec celui du GEIE⁸¹², ce dernier se réfère également à une approche réaliste du siège social puisqu'il prévoit, dans son article 12, que le siège mentionné par le groupement doit être situé sur le territoire de la Communauté, à condition que le groupement y exerce une activité réelle. La SE et le GEIE consacrent tous deux le siège réel comme critère de rattachement, là encore il s'agit essentiellement de prévenir tout rattachement frauduleux à l'Union européenne. Cela étant dit, cette solution n'est qu'une réponse partielle au problème de la mobilité intra UE⁸¹³ : la volonté de se prémunir de toute fraude empêche une SE valablement constituée de faire pleinement usage de son droit au libre établissement.

Un autre élément fondamental de la SE est qu'elle doit obligatoirement retenir le système de la cogestion des salariés si celui-ci existe dans le droit national de l'une des sociétés participantes à la création d'une SE. Cette exigence résultant de la directive CE n° 2001/86 du 8 octobre 2001 relative à l'implication des salariés est une condition de validité de la SE.

⁸¹¹ *Ibid.* ; N. Lenoir, « La *Societas Europaea* ou SE. Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise », rapport au Garde des sceaux, art. précité.

⁸¹² Règlement CEE n° 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif au GEIE, entré en vigueur le 3 août 1985, J.O. L 199 du 31 juillet 1985.

⁸¹³ A. Autenne et M. de Wolf, art. précité.

§ 2. L'immatriculation nationale de la SE : le respect du principe « avant-après » en matière de cogestion (*Mitbestimmung*) .

284. La solution finalement retenue par les instances de l'Union européenne est celle du principe « avant-après » : un système de cogestion ou d'implication des salariés est nécessairement intégré dans le statut juridique de la SE si celui-ci existait préalablement dans la législation de l'Etat membre de l'une des sociétés participantes à la création d'une SE. Le principe « avant-après » s'applique pour la constitution initiale de toute SE mais également pour toute modification structurelle ultérieure d'une SE ainsi que pour les sociétés participantes visées par les modifications structurelles. La directive CE n° 2001/86 repose sur « le principe fondamental des droits acquis »⁸¹⁴ et prévoit que l'immatriculation de la SE ne peut se faire que si un accord a été trouvé sur le régime de cogestion. Les droits des salariés « existant avant la constitution des SE (doivent) être à la base de l'aménagement de leurs droits en matière d'implication dans la SE »⁸¹⁵. Comme le prévoit l'article 12 § 2 et 3 du règlement CE n° 2157/2001, l'immatriculation ne peut avoir lieu que si les modalités relatives à l'implication des salariés ont été fixées conformément à la directive CE n° 2001/86 du 8 octobre 2001⁸¹⁶. Un autre élément paradoxal à propos de la SE est celui de son immatriculation à l'échelle nationale. À l'instar du droit français, le point de départ de la personnalité morale de la SE est son immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Dès son immatriculation, la SE est soumise au règlement CE n° 2157/2001, mais surtout au droit national de l'Etat membre où se situe son siège réel. Une SE ayant son siège statutaire en France doit être immatriculée au registre du commerce et des sociétés, même dans l'hypothèse d'une constitution de SE par voie de transformation d'une SA⁸¹⁷. Parallèlement à l'immatriculation de la SE au registre du commerce et des sociétés, des mesures de publicité

⁸¹⁴ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 225 et s.

⁸¹⁵ Exposés des motifs de la directive CE n° 2001/86 relative à l'implication des salariés, préc.

⁸¹⁶ Les dispositions relatives à l'implication des salariés dans la SE ont été insérées dans le Code du travail aux articles L. 2351-1 à L. 2353-32 en vigueur depuis le 1^{er} mai 2008.

⁸¹⁷ Art. 12 § 1 règlement CE n° 2157/2001. La règle prévoyant que la transformation ne donne lieu ni à dissolution, ni à création d'une personne morale nouvelle s'applique « sans préjudice de l'article 12 » du règlement CE n° 2157/2001 (art. 37 § 2 du règlement CE n° 2157/2001).

doivent être respectées⁸¹⁸. En outre, un avis doit être publié pour information au Journal officiel de l'Union européenne postérieurement à la publicité nationale de l'immatriculation⁸¹⁹. La SE apparaît là encore comme une simple société anonyme nationale dont le régime juridique est partiellement déterminé par le droit de l'UE. Il aurait fallu que l'immatriculation se fasse à l'échelle régionale de l'Union européenne. Toutefois, il est certain que les Etats membres refuseraient ou verraient d'un mauvais œil la création d'une registre européen des sociétés. Le rattachement principal au droit de l'UE et le rattachement subsidiaire au droit de l'Etat membre où se situe le siège statutaire de la SE vont encourager les sociétés des Etats membres à rechercher le droit des sociétés de l'Etat membre qui sera le plus favorable à leur activité. Cela a pour conséquence de consacrer le *law shopping* au sein de l'Union européenne⁸²⁰.

Le règlement CE n° 2157/2001 relatif à la SE ne traite pas du tout d'une question importante et qui concerne l'aspect fiscal. En effet, les Etats membres de l'Union européenne n'ont pas réussi à dégager un consensus concernant les règles fiscales relatives à la SE.

§ 3. La fiscalité de la SE : un vide juridique contraire à l'édification d'une société européenne supranationale.

285. Les Etats membres de l'Union européenne n'ont pas pu parvenir à un régime fiscal uniforme (A). Toutefois, le règlement prévoit la possibilité pour la SE de transférer son siège statutaire vers un autre Etat membre sans les conséquences fiscales liées à la cessation d'activités et à la dissolution des sociétés. La France opta dès 2004 pour une neutralité fiscale en matière de transfert de siège social d'une société vers un autre Etat membre (B).

⁸¹⁸ Art. 15 règlement CE n° 2157/2001.

⁸¹⁹ Art. R. 123-171-1 du Code de commerce inséré par le décret n° 2007/750 du 9 mai 2007.

⁸²⁰ A. Outin-Adam et A.-M. Reita-Tran, « Après la « société européenne » (SE), les entreprises attendent la « société privée européenne » (SPE) », *Rev. du Marché commun et de l'UE* n° 507, avril 2007, pp. 233 à 238.

A/ Neutralité fiscale de la SE : un défaut de compromis entre les Etats membres.

286. Le régime fiscal applicable à la SE dépend de l'Etat membre où se situe le siège statutaire de la société. La fiscalité de la SE est différente d'un Etat membre à l'autre, les sociétés candidates à la création d'une SE vont donc se livrer à un *law shopping*. Comme l'a justement exprimé le sénateur Marini, « *la SE est une étape supplémentaire de la mise en compétitivité des droits nationaux puisqu'à partir d'un socle commun de dispositions, la SE pourra choisir librement les variantes nationales au moment du choix du lieu du siège social. Or, une société qui souhaiterait bénéficier du régime juridique de la SE "à la française" devrait s'immatriculer et situer son administration centrale en France, ce qui ne manquerait pas d'entraîner des effets positifs sur l'économie nationale. L'enjeu pour la France consiste à rendre le droit français attractif pour les futures SE* »⁸²¹. Le règlement CE n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 relatif au statut de la SE crée une SE *a minima* dans la mesure où seules quelques règles matérielles relatives à la constitution de la SE sont retenues.

L'absence de lisibilité en matière fiscale est néanmoins atténuée par la faculté dont dispose chaque SE de transférer librement son siège statutaire dans un autre Etat membre sans opposition de la part de l'Etat membre de départ.

B/ L'absence de taxation liée au transfert du siège statutaire de la SE : l'article L. 221-2, alinéa 3 du Code général des impôts.

287. Cette possibilité résulte de la transposition anticipée de la directive CE n° 2005/19 du 17 février 2005 modifiant la directive CEE n° 90/434 du 23 juillet 1990 concernant « *le régime fiscal commun applicable aux fusions, apports d'actifs et échanges d'actions* ».

⁸²¹ Sénateur Marini, exposé des motifs de sa proposition de loi du 9 octobre 2003, cité par J. Demaison, « La SE "à la française" : un pas important vers une modernisation de la SA ? », *RLDA* 2007/12, n° 659 ; F. Fages et M. Menjucq, « Proposition de loi relative aux mesures d'adaptation du droit français des sociétés dans la perspective de l'entrée en vigueur du règlement n° 2157/2001 sur la société européenne », *JCP G* 2003, n° 43-44, aperçu rapide n° 505.

intéressant des sociétés d'Etats membres différents »⁸²². Cette directive comporte des dispositions relatives au transfert de siège de la SE. L'objet de cette disposition est de supprimer les obstacles internes à la mobilité des sociétés dans l'Union européenne. Le règlement CE n° 2157/2001 prévoit que le transfert du siège statutaire de la SE vers un autre Etat membre est libre et ne doit donner lieu à aucune taxation⁸²³. Toutefois, le transfert de plein droit du siège statutaire de la SE est, en pratique, rendu difficile par les nombreuses options levées par certains Etats membres pour garder la mainmise sur le transfert transfrontalier du siège statutaire de la SE. L'inconvénient majeur de l'absence de fiscalité de la SE est que chaque établissement ou filiale de la SE est soumis à un régime fiscal propre : *« les établissements stables de la SE créés dans les différents Etats membres relèvent des fiscalités nationales des Etats d'implantation et doivent donc déterminer leurs résultats imposables sur une base territoriale »*⁸²⁴. La solution idéale aurait été d'instituer un régime fiscal uniforme de la SE de manière à mettre en œuvre une déclaration unique fondée sur une assiette commune consolidée de l'impôt sur les sociétés pour tous les établissements et filiales de la SE⁸²⁵. La directive CEE n° 90/435 du 23 juillet 1990, prévoyant l'exonération des retenues à la source sur les dividendes versés par les filiales à leur société mère, vise la SE depuis sa modification par la directive CE du 23 décembre 2003. En outre, la directive CEE n° 90/434 relative au régime fiscal des fusions transfrontalières, scissions, apports partiels d'actifs concerne également la SE depuis sa modification par la directive CE n° 2005/19 introduisant le régime fiscal spécifique du transfert de siège de la SE. S'agissant de la

⁸²² Art. 34 de loi de finances pour 2005 n° 2004-1484 du 30 décembre 2004. Cette disposition a été insérée dans le Code de commerce à l'article L. 221-2, alinéa 3 du CGI qui dispose : *« Toutefois, le transfert de siège dans un autre Etat membre de la Communauté européenne, qu'il s'accompagne ou non de la perte de la personnalité juridique en France, n'emporte pas les conséquences de la cessation d'entreprise »*.

⁸²³ L'article 8 du règlement CE n° 2157/2001 est le seul article relatif au transfert de siège de la SE, il comporte seize paragraphes dont certains sont des réserves que les Etats membres peuvent relever pour mieux encadrer le transfert de siège d'une SE. Cette disposition a été transposée en droit français par la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 qui a introduit dans le Code de commerce l'article L. 229-2. Le paragraphe 1 de l'article 8 dispose que *« le siège statutaire de la SE peut être transféré dans un autre Etat membre conformément aux paragraphes 2 à 13. Ce transfert ne donne lieu ni à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle »*.

⁸²⁴ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 274. Outil ultime de la coopération et de la concentration entre sociétés ressortissantes de l'Union européenne, la directive CE n° 2003/19 du 3 juin 2003 relative à l'exonération des retenues à la source sur les intérêts et redevances payés entre sociétés associées ne vise pas la SE.

⁸²⁵ N. Lenoir, M. Menjucq et P.-P. Bruneau, « Les enjeux de la localisation de la SE dans l'espace européen », *Dr. et patr.* n° 163, octobre 2007, p. 62 et s. ; N. de Vernejoul, « Le régime fiscal de la société européenne est-il attractif ? », *RLDA* juin 2007, p. 92.

constitution d'une SE par fusion, le droit dérivé de l'UE prévoit la neutralité de l'opération. La directive CEE n° 90/435 du 23 juillet 1990, modifiée en 2005, s'applique à toute fusion ayant pour but la création d'une SE. Toutefois, des réserves ont été relevées par la France de façon à encadrer la création d'une SE par voie de fusion. Les autorités françaises donnent leur feu vert si l'opération est justifiée par un motif économique, n'a pas pour but la fraude ou l'évasion fiscale et si les modalités de l'opération permettent l'imposition des plus-values placées en sursis d'imposition. La création d'une SE par voie de fusion n'est possible en France qui s'il en résulte la création d'un établissement stable sur le territoire français⁸²⁶. Les inconvénients du statut juridique de la SE sont nombreux et imposent des révisions nécessaires pour rendre enfin la SE attractive pour les milieux d'affaires européens. La dualité du rattachement juridique de la SE entraînent des difficultés de lisibilité du statut applicable à la SE aussi bien pour les sociétés qui coopèrent que pour les tiers qui peuvent être placés dans une situation d'insécurité juridique. En outre, l'absence totale de régime fiscal est gênante dans la mesure où la coopération et la concentration des sociétés devaient être facilitées par l'adoption du statut de la SE. Or, il n'existe aucune prise en considération de l'assiette globale des établissements et filiales d'une SE.

En dépit de ses nombreux défauts, la SE possède un intérêt majeur qui est la possibilité de pouvoir librement transférer son siège statutaire vers un autre Etat membre sans perte de sa personnalité morale même si, en pratique, la procédure est assez lourde.

⁸²⁶ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 276 in fine. L'établissement stable ainsi créé par la fusion doit reprendre à son bilan l'ensemble des éléments d'actifs de la société française absorbée.

Sous-section II : Le paradoxe du transfert du siège social de la SE : un vecteur de la mobilité des sociétés ressortissantes aux Etats membres entre liberté du droit de l'UE et restrictions étatiques.

288. Avec l'abandon du projet de 14^{ème} directive relative au transfert du siège statutaire dans l'Union européenne, la possibilité qu'offre la SE de transférer librement son siège social dans un autre Etat membre a trouvé un nouvel écho en droit de l'UE. La dixième directive CE n° 2005/56 du 26 octobre 2005 relative aux fusions de sociétés de capitaux dans l'Union et le règlement CE n° 2157/2001 sur le statut de la SE garantissent une meilleure coopération et concentration des sociétés en permettant une mobilité accrue. Le principal avantage de la SE est le droit de transférer son siège statutaire sans perte de sa personnalité morale même s'il en résulte un changement de *lex societatis* (§ 1). Cependant, la question du transfert de siège de la SE par fusion n'est pas du tout abordée par le règlement CE n° 2157/2001 (§ 2).

§ 1. Le privilège de la SE : le maintien de sa personnalité morale.

289. La question du transfert de siège de la SE est l'un des points sur lesquels le règlement CE n° 2157/2001 est le plus complet et fait preuve d'une réelle volonté de favoriser la mobilité entre les Etats membres. L'un des principaux avantages de la SE est de participer à une rationalisation des groupes de sociétés au sein de l'Union européenne, ces derniers pourront opérer à partir d'une personne morale unique – la SE – entourée de succursales⁸²⁷. Toutefois, le transfert de plein droit du siège statutaire de la SE dans un autre Etat membre est fortement nuancé par l'obligation d'adopter la théorie du siège réel. En outre, l'article 8 du règlement CE n° 2157/2001 énumère toute une série de droits d'opposition au transfert de siège de la SE que certains Etats comme la France n'ont pas hésité à relever⁸²⁸. Un autre

⁸²⁷ A. Outin-Adam et A.-M. Reita-Tran, « Après la « société européenne » (SE), les entreprises attendent la « société privée européenne » (SPE) », *Rev. du marché commun et de l'Union européenne* n° 507, avril 2007, pp. 233 à 238.

⁸²⁸ La France a prévu toute une série de mesures visant à limiter le transfert de siège de la SE dans un autre Etat membre, la volonté affichée est de protéger les petits actionnaires mais également les tiers. Ainsi, l'article L. 229-2, alinéa 3 du Code de commerce prévoit une droit d'opposition en faveur des actionnaires minoritaires, ce qui

inconvenient réside dans l'approche différente qu'a chaque groupe de sociétés avec à sa tête une SE. Si la SE s'entoure de succursales, cela rend plus lisible le régime juridique applicable à tous ses établissements puisque les succursales ne disposent pas de la personnalité juridique et sont soumises à la loi nationale de la SE. Toutefois, une société mère peut tout autant avoir intérêt à développer des filiales dans les Etats membres où elle souhaite s'implanter pour partager les risques liés à la mise en œuvre de sa responsabilité mais également pour inciter les dirigeants de chaque filiale à s'investir pleinement dans le développement économique de leurs sociétés⁸²⁹. Le transfert de siège de la SE ne donne lieu ni à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle comme l'énonce l'article 8 § 1 du règlement CE n° 2157/2001, même si le transfert entraîne la modification du droit national applicable à titre subsidiaire à la SE. En outre, le transfert de siège est interdit dans certaines hypothèses comme l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre la SE. L'enjeu est de faire en sorte que la SE n'échappe à tout ou partie de ses obligations envers les tiers essentiellement⁸³⁰. En cas de transfert de siège vers un autre Etat membre, l'article 8 § 16 du règlement CE n° 2157/2001 prévoit le maintien de la compétence des juridictions de l'Etat de sortie pour tout litige intervenu avant la nouvelle immatriculation, même si l'action en justice est introduite après le transfert. Le transfert de siège de la SE vers un autre Etat membre est en définitive soumis au droit national de l'Etat membre où se situe le siège statutaire de la SE⁸³¹. Une réponse indispensable à ce retour en arrière dans le texte même du règlement serait de réviser l'article 8 du règlement en restreignant les droits d'opposition offerts aux Etats membres ou alors en garantissant le respect préalable des droits des actionnaires minoritaires et des tiers avant toute opération de transfert de siège de la SE qui ne pourrait plus être empêchée par un Etat membre. Les Etats membres disposent ainsi d'un véritable « *droit de veto* »⁸³² qui peut

peut être coûteux et dissuasif pour les dirigeants de la SE ; il en est de même pour les créanciers (art. L. 229-4 C. com.) ; le procureur de la République (art. L. 229-4 C. com.), l'Autorité des Marchés Financiers (art. L. 532-9-2 du CMF) et le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (art. L. 511-13-1 du CMF).

⁸²⁹ A. Outin-Adam et A.-M. Reita-Tran, « Après la « société européenne » (SE), les entreprises attendent la « société privée européenne » (SPE) », art. précité. À juste titre, ces auteurs constatent que le développement de succursales dépourvues de personnalité morale ne répond pas nécessairement à la stratégie de chaque groupe.

⁸³⁰ Art. 8 § 15 du règlement CE n° 2157/2001.

⁸³¹ M. Menjucq, « Un modèle de mobilité : la SE », *Cah. dr. entreprise* mars-avril 2006, p. 35 ; pour le régime fiscal et juridique du transfert de la SE : cf. M. Menjucq, « La société européenne », *Dalloz* 2003, p. 211 ; B. Saintourens, « L'instauration du régime juridique de la société européenne », *Rev. Sociétés* 2005, p. 557.

⁸³² J.-P. Brouillaud, « La S.A.E. : la “ société approximativement européenne ” », art. précité.

bloquer toute opération de transfert de siège vers un autre Etat membre⁸³³. Le règlement prévoit néanmoins des limites au droit d'opposition d'un Etat membre : tout d'abord, le veto ne peut avoir lieu que pour des raisons d'intérêt public ; ensuite, l'article 8 § 14, alinéa 3 du règlement CE n° 2157/2001 prévoit que « *l'opposition est susceptible de recours devant une autorité judiciaire* ».

Cela étant dit, le règlement CE n° 2157/2001 est resté silencieux sur une question importante qui est celle de déterminer si la SE peut participer à une opération de fusion intra UE.

§ 2. Le transfert du siège social de la SE par fusion.

290. Une SE peut-elle, à l'image d'une société anonyme de type national, procéder à un transfert de siège social par fusion ? Jusqu'à l'adoption de la dixième directive CE n° 2005/56 du 26 octobre 2005 sur les fusions de sociétés de capitaux dans l'Union européenne, les fusions entre sociétés ressortissantes d'Etats membres étaient particulièrement difficiles en raison de l'application cumulative et/ou distributive des lois nationales de toutes les sociétés participantes. La fusion devait impérativement pour être valable recueillir l'unanimité des associés de la société absorbée mais également résoudre les conflits de lois consécutifs aux fusions transfrontalières. Le règlement contient également des renvois à la loi de l'Etat du siège des sociétés participantes donnant application aux droits nationaux dans les conditions harmonisées de la directive CEE n° 78/855 sur les fusions internes⁸³⁴. L'article 23 du règlement CE n° 2157/2001 pose le principe de la fusion transfrontalière donnant naissance à une SE aux conditions de décisions des fusions internes par l'assemblée générale des actionnaires, par conséquent l'exigence de l'unanimité des actionnaires inhérente à une fusion

⁸³³ En effet, l'article 8 § 14 du règlement CE n° 2157/2001 dispose que « *la législation d'un Etat membre peut prévoir, en ce qui concerne les sociétés européennes immatriculées dans celui-ci, qu'un transfert du siège statutaire, dont résulterait un changement du droit applicable, ne prend pas effet si (...) une autorité compétente de cet Etat s'y oppose (...)* ».

⁸³⁴ Directive préc. ; M. Menjucq, « Quels sont les attraits de la société européenne par rapport aux autres types de sociétés françaises ? », *RLDA* n° 17, juin 2007.

internationale n'est plus requise. En outre, s'agissant des possibles conflits de lois résultant d'une fusion internationale, le règlement édicte des règles matérielles sur des points cruciaux qui pourraient faire l'objet de problèmes juridiques insolubles en raison de l'application cumulative des lois nationales des sociétés participantes à l'opération⁸³⁵. M. Menjucq remarque à juste titre que la SE peut aussi participer à une opération de fusion⁸³⁶. Il serait contraire au droit de l'UE que la SE, qui est le fruit d'une fusion entre sociétés anonymes de différents Etats membres, ne puisse à son tour prendre part à des opérations de fusions avec d'autres sociétés anonymes ou d'autres SE. En outre, la directive CE n° 2005/19 du 17 février 2005 modifiant la directive CEE n° 90/434 du 23 juillet 1990 a intégré la SE au motif qu'elle est définie comme une société anonyme⁸³⁷ parmi les bénéficiaires de la neutralité fiscale des fusions transfrontalières. Interdire à la SE de participer à une opération de fusion transfrontalière et par la même de transférer son siège dans un autre Etat membre serait en contradiction avec la directive CE n° 2005/19. Enfin, le règlement CE n° 2157/2001 fait expressément l'analogie entre la SE et la société anonyme de chaque Etat membre où la SE possède son siège statutaire⁸³⁸. L'on doit retenir ici une interprétation littérale du règlement⁸³⁹ : la SE peut parfaitement absorber une société anonyme ayant son siège social dans un autre Etat membre ou être absorbée par une telle société anonyme qui se constitue alors en SE. Pour sa part, N. Lenoir abouti à la même conclusion tout en adoptant une interprétation téléologique dans le sens d'une participation de la SE aux fusions transfrontalières⁸⁴⁰. Là encore, la révision à venir en 2012 du statut de la SE devra nécessairement prendre en considération de façon expresse la faculté pour toute SE de participer de plein droit à une opération de fusion intra UE. La vocation de la SE qui est d'être un instrument de coopération et de concentration des entreprises à l'échelle régionale doit être affirmée et balisée par le

⁸³⁵ Ce sera le cas pour le projet de fusion, la publicité, la date et les effets de la fusion qui évitent de donner compétence aux droits nationaux des sociétés participantes.

⁸³⁶ M. Menjucq, « Quels sont les attraits de la société européenne par rapport aux autres types de sociétés françaises ? », art. précité ; en ce sens : v. N. Lenoir, rapport précité.

⁸³⁷ Considérant n° 11 de la directive CE n° 2005/19 du 17 février 2005.

⁸³⁸ L'article 3 du règlement fait une assimilation explicite entre la SE et la société anonyme du droit national de chaque Etat membre : « *aux fins de l'article 2 § 1, 2 et 3, la SE est considérée comme une société anonyme relevant du droit de l'Etat membre de son siège statutaire* ».

⁸³⁹ M. Menjucq, « Quels sont les attraits de la société européenne par rapport aux autres types de sociétés françaises ? », art. précité.

⁸⁴⁰ En ce sens, N. Lenoir, rapport précité, p. 122.

législateur européen de manière à corriger les trop nombreuses lacunes du règlement CE n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 qui, en multipliant les renvois aux droits nationaux, a dilué la SE dans un trop grand nombre de textes législatifs ôtant parfois toute vocation régionale à la SE.

Malgré les approximations du règlement CE relatif à la SE, il existe des arguments qui permettent de militer en faveur d'une véritable nationalité européenne de la SE. Il serait intéressant que les propositions en matière de révision du statut juridique de la SE tiennent compte des éléments qui font appel au caractère supranational de la SE pour en faire véritablement une personne morale relevant du droit de l'UE dont le rattachement au droit national d'un Etat membre ne serait plus déterminant dans le fonctionnement de la SE.

§ 3. Quelques chiffres à propos de l'adoption du statut de la SE.

291. La création d'une SE ne concerne que « *l'élite des sociétés nationales* »⁸⁴¹. Son champ d'application est assez restreint puisqu'il ne concerne que les sociétés anonymes. Il s'agit d'une forme sociale qui n'est pas transposable aux petites et moyennes entreprises alors qu'elles sont les plus nombreuses. La SE ne répond donc pas aux besoins de toutes les sociétés. L'on constate en outre une répartition inégale des SE dans les vingt sept Etats membres de l'Union européenne⁸⁴². Aucune SE n'a été constituée dans les Etats du sud de l'Europe comme le Portugal, l'Espagne et l'Italie. Le bilan de la SE est finalement assez mitigé puisqu'au 25 juin 2010, 595 SE avaient été constituées sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne. L'on remarque que 40 % des SE ont été créées en Allemagne et que seulement 17 SE ont vu le jour en France dont 4 pour le seul groupe SCOR⁸⁴³. La

⁸⁴¹ M. Menjucq, « La circulation internationale des sociétés », *Bull.* Joly mars 2001, § 65, p. 233.

⁸⁴² Commission européenne, « Rapport sur l'impact du statut de la SE sur les entreprises », Communiqué IP/1531, 19 novembre 2010. V. également Commission européenne, « Rapport sur l'application du statut de la SE », 19 nov. 2010, Bruxelles, Com (2010) 676 *final*. Ce rapport fait suite à une conférence sur le statut de la SE qui s'est tenue à Bruxelles le 26 mai 2010 dont le but était de dégager les futures grandes lignes du projet de révision. Cf. http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/study_SE_9122009.

⁸⁴³ *Ibid.* V. également Ph. Merle, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 14^{ème} éd., Précis Dalloz, coll. Droit

Commission européenne réfléchit donc à des modifications qui devraient être présentées en 2012, celles-ci se feront en parallèle à une révision éventuelle de la directive CE relative à l'implication des salariés subordonnée à une consultation des partenaires sociaux comme le prévoit l'article 170 TFUE. Toute mesure proposée par la Commission dans le cadre des suites données au Rapport sera soumise aux principes d'amélioration de la réglementation qui exigent notamment une analyse d'impact⁸⁴⁴.

Sous-section III : Les arguments en faveur d'une nationalité européenne de la SE.

292. Le rapport Lenoir⁸⁴⁵ prône la reconnaissance d'une citoyenneté européenne aux personnes morales telles que la SE, le GEIE ou encore la SCE. L'auteur n'ose pas utiliser le terme de nationalité des personnes morales du droit de l'UE de manière à ne pas heurter la sensibilité des Etats membres seuls aptes à attribuer une nationalité à des personnes morales ou physiques en raison d'une compétence exclusive dans cette matière. La citoyenneté européenne est une notion plus facilement transposable que la nationalité européenne dont l'application à des personnes morales peut être contestée à défaut de compétence de l'Union européenne pour attribuer une nationalité. L'attribution d'une citoyenneté européenne ne serait qu'une extension aux personnes morales du droit de l'UE de la citoyenneté européenne reconnue aux personnes physiques par l'article 20 TFUE. En outre, malgré les nombreuses lacunes du règlement CE n° 2157/2001, la SE dispose effectivement d'une « *identité européenne* »⁸⁴⁶ qui mérite d'être affinée et consolidée par une révision de son statut juridique. Si l'on reconnaît facilement que les personnes morales peuvent disposer d'une citoyenneté européenne, l'on doit admettre que celle-ci n'est pas une nationalité proprement dite. Les

privé, 2010, 955 p., v. spéc. § 20-1, p. 40. Pour un bilan de la SE dans son ensemble : cf. M. Menjucq, « Premiers pas et premier bilan de la société européenne en France, *Rev. sociétés* 2007, p. 253 ; N. Lenoir, rapport préc.

⁸⁴⁴ *JCP G* n° 48, 29 novembre 2010, n° 1175, p. 2223.

⁸⁴⁵ N. Lenoir, rapport préc.

⁸⁴⁶ M. Menjucq, « Quels sont les attraits de la société européenne par rapport aux autres types de sociétés françaises ? », *RLDA* juin 2007, n° 17, § 1049.

autorités de l'Union européenne ne peuvent pas attribuer une nationalité européenne à la SE qui viendrait se juxtaposer à la nationalité de la SE de l'Etat où se situe son siège social. En effet, la citoyenneté européenne reconnue aux personnes physiques par le Traité de l'Union européenne se distingue de la nationalité des personnes physiques sans s'y « *substituer en aucune manière* »⁸⁴⁷. La citoyenneté européenne n'est que secondaire par rapport à la nationalité des individus et ne vise que l'émergence d'une identité culturelle commune. Celle-ci ne semble pas invocable juridiquement. Il ne pourrait pas exister une nationalité européenne au sens du droit international dans la mesure où les organes de l'Union européenne ne disposent pas d'une compétence d'attribution pour octroyer la nationalité européenne aux personnes morales et aux personnes physiques. Pour accentuer le caractère régional de la SE, le rattachement au droit de l'UE devrait être renforcé : actuellement, le principe est celui d'un rattachement principal au droit de l'UE et subsidiaire aux droits nationaux des Etats membres. Or, en pratique, la SE dépend essentiellement des règles nationales applicables aux sociétés anonymes de l'Etat membre où se situe son siège réel. Le règlement CE n° 2157/2001 prévoit également que chaque SE bénéficie du label européen : seule la SE peut faire figurer dans ses statuts la mention « *société européenne (SE)* »⁸⁴⁸. Mais il s'agit là d'un élément de prestige même si cette mention a aussi son importance juridique en matière de publicité envers les tiers. L'extension de la citoyenneté européenne aux personnes morales du droit de l'UE ne semble pas soulever de difficultés puisque la SE ou la SCE bénéficient également des libertés du droit de l'UE en matière de circulation et de libre établissement.

Prenant acte des limites et des lacunes de la SE à favoriser une coopération et une concentration de toutes les sociétés ressortissantes des Etats membres, des voix se sont élevées pour la création d'une nouvelle structure juridique relevant du droit de l'UE mieux à même de répondre aux attentes de tous les milieux d'affaires. C'est ainsi qu'est né le projet relatif à la société privé européenne (SPE) présenté le 25 juin 2008 par le Commissaire européen M. Mac Creevy en charge du Marché intérieur⁸⁴⁹.

⁸⁴⁷ *Ibid.*

⁸⁴⁸ Art. 11 § 2 et 3 du règlement : « *La SE doit faire précéder ou suivre sa dénomination sociale du sigle « SE ». Seules les SE peuvent faire figurer le sigle « SE » dans leur dénomination sociale* ».

⁸⁴⁹ La Commission européenne a présenté le 25 juin 2008 (IP/08/1003) une proposition de règlement permettant

Section II : Le rattachement juridique de la future *societas privata europaea* (SPE).

293. La société privée européenne a fait l'objet d'une proposition de règlement de la part de la Commission européenne qui a été amendée puis approuvée par le Parlement européen le 10 mars 2009. Cet instrument vise plus spécialement les petites et moyennes entreprises (PME) qui pourront profiter des libertés d'établissement dans un autre Etat membre sans créer de filiales⁸⁵⁰. La SPE est une société par actions dont le capital minimum est de seulement un euro qui n'a pas à être libéré intégralement lors de la constitution de la société, contrairement à la SE dont le capital minimum exigé est de 120 000 euros. Le but clairement affiché par la proposition de règlement relatif à la société privée européenne est de faciliter la mobilité des PME dans l'Union européenne. Jusqu'à présent, une société doit créer des filiales dans tous les Etats membres où elle souhaite s'implanter, ce qui a un coût assez élevé et entraîne l'application de plusieurs lois nationales. La proposition de SPE fait preuve d'avancées très intéressantes pour les sociétés ressortissantes des Etats membres de l'Union puisqu'il s'avère que les critiques émises à l'égard des lacunes du statut juridique de la SE ont été prises en considération. La Commission européenne énonce que le statut de société privée européenne « *a été conçu pour alléger les obligations très contraignantes auxquelles font actuellement face les PME exerçant des activités au-delà des frontières, puisqu'elles sont tenues de créer des filiales prenant des formes différentes dans chaque Etat membre où elles souhaitent exercer leurs activités* »⁸⁵¹.

la création d'une SPE qui fonctionne selon les mêmes règles dans tous les Etats membres de l'Union européenne. Il s'agit donc d'une véritable société régionale avec un rattachement unique. Cette proposition ne contient que 48 articles et deux annexes.

⁸⁵⁰ Communication de la Commission (juin 2008) au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Think Small First » : Priorité aux PME - Un « Small Business Act » pour l'Europe » {SEC (2008) 2101} {SEC (2008) 2102}, COM/2008/0394 final. Le Small Business Act pour l'Europe a été révisé le 23 février 2011 par la Commission européenne qui a présenté une communication dans laquelle elle dresse un bilan de la mise en œuvre de ce business plan. V. COM (2011) 78 final ; B. Lecourt, *Rev. sociétés* 2008, p. 204 et 437 ; M. Menjucq, *Rev. sociétés* 2008, p. 53 ; R. Dammann et D. Weber-Rey, « La société privée européenne : un outil novateur », *Bull. Joly sociétés* octobre 2008, § 175, p. 811 . O. Dufour, « La société privée européenne pour demain », entretien avec J. Simon, *Bull. Joly sociétés* juin 2008, n° 6, éclairage, p. 460 et s.

⁸⁵¹ Commission européenne, Communiqué du 25 juin 2008, (IP/08/1003). Cette nouvelle forme sociale du droit de l'UE va permettre aux PME de créer « *leur société sous une seule et même forme, qu'elles exercent leurs activités dans leur propre Etat membre ou dans un autre* ». La Commission en conclut que les PME pourront donc « *faire des économies en temps et en argent dans les domaines du conseil juridique, de la gestion et de*

La proposition de SPE fait une très large place à la liberté contractuelle et prévoit que le rattachement juridique de cette société est déterminé par le siège statutaire, les associés disposent également d'une grande liberté contractuelle (§ 1). En outre, l'autre point fort de cette proposition de règlement est qu'elle offre une liberté totale de circulation dans l'Union européenne (§ 2). Sur ces deux points cruciaux pour la réalisation d'un véritable Marché unique, la proposition balaie les défauts de la SE. Cependant, une question demeure en suspens : il s'agit du caractère nécessairement transfrontalier de la future SPE créée (§ 3).

§ 1. Le siège statutaire : critère de rattachement juridique de la SPE.

294. Quelle est la nature du rattachement juridique de la SPE ? La SPE intègre dans son statut juridique les critiques émises à l'encontre de la SE : le caractère hybride du rattachement juridique de la SE et le défaut de liberté contractuelle dans la rédaction des statuts ont été pris en compte s'agissant du régime juridique de la future SPE. La SPE se démarque de la SE par un rattachement unique au droit de l'UE même si la loi nationale de l'Etat membre où se situe le siège statutaire s'applique également (A). En outre, la SPE pourrait très bien marquer la fin de la théorie du siège réel dans l'Union européenne (B).

A/ Un rattachement unique au droit de l'UE.

295. La SPE, à l'image de la SE, obéit toujours à la hiérarchie des normes mais les associés peuvent aménager son régime juridique en raison d'une liberté contractuelle très marquée⁸⁵². L'article 7 de la proposition de règlement exige seulement que le siège statutaire et l'administration centrale soient situés dans l'Union européenne. De manière exprès, l'article 7

l'administration ».

⁸⁵² Art. 4 de la proposition de règlement : « *La SPE est régie par le présent règlement et, en ce qui concerne les matières énumérées à l'annexe I, par ses statuts. Toutefois, lorsqu'une matière n'est pas traitée dans les statuts ou l'annexe I, une SPE est régie par la législation, y compris les dispositions de mise en œuvre du droit communautaire, qui s'appliquent aux sociétés à responsabilité limitée dans l'Etat membre du siège statutaire de la SPE (...)* ».

de la proposition de règlement prévoit que la SPE n'a pas obligation d'établir son siège réel dans le même Etat membre que son siège statutaire. Il n'est plus question d'interdire la dissociation des sièges réel et statutaire comme pour la SE. Sur ce point, la proposition règlement relatif à la SPE est en totale adéquation avec la jurisprudence de la CJUE qui permet très largement la dissociation des sièges réel et statutaire en application du principe du droit de l'UE de libre établissement. Les statuts de la SPE ont une valeur supérieure aux dispositions de la loi nationale de l'Etat où se situe le siège statutaire⁸⁵³. Prenant acte des critiques émises à l'encontre de la SE, la proposition de règlement se contente de faire un simple renvoi à la loi nationale de l'Etat du siège statutaire. Les nombreux renvois au droit national de l'Etat où se situe le siège réel de la SE avaient alourdi son régime juridique et anéanti l'idée d'un profil-type de SE. Il en est de même de l'organisation de la SPE qui peut dépendre intégralement de la volonté des associés comme le prévoit la proposition de règlement. Cette dernière prévoit que la SPE est dotée d'un organe unique de direction, responsable de la gestion⁸⁵⁴. La forme et les pouvoirs de l'organe de direction doivent néanmoins respecter le fait que la gestion ne peut être confiée qu'à une personne physique⁸⁵⁵. Le rattachement juridique de la SPE est nettement plus favorable aux sociétés commerciales et répond pleinement à leurs besoins en matière de mobilité et de sécurité juridique étant donné que la loi applicable à leurs établissements est identique quelque soit l'Etat membre d'implantation. En effet, cette proposition de règlement consacre explicitement la théorie de l'incorporation et pourrait induire la fin du siège réel dans les relations internes à l'Union européenne.

⁸⁵³ Art. 8 de la proposition de règlement : « *Les statuts couvrent au moins les matières énumérées à l'annexe I du présent règlement (...)* ».

⁸⁵⁴ Art. 26 de la proposition de règlement.

⁸⁵⁵ Art. 30 de la proposition de règlement.

B/ La fin de la théorie du siège réel dans les Etats membres de l'Union européenne ?

296. Une lecture attentive de la proposition de règlement relative à la SPE révèle que le critère de rattachement juridique du siège réel pourrait disparaître dans l'Union européenne. Cette proposition va accentuer le phénomène de *law shopping* et de mise en concurrence des législations nationales des Etats membres dans la mesure où rien n'empêche une SPE de déplacer son siège statutaire ou son siège réel dans un autre Etat membre. La proposition de règlement n'interdit pas la dissociation des sièges réel et statutaire. Le règlement CE n° 2157/2001 avait préféré consacrer la théorie du siège réel pour la SE en interdisant la dissociation des sièges réel et statutaire pour endiguer le *law shopping*⁸⁵⁶. Or, depuis l'arrêt « *Sevic Systems AG* » de la CJCE du 13 décembre 2005, la théorie du siège réel tombe en désuétude même si l'arrêt « *Cartesio* » redonne un nouveau souffle à la théorie du siège réel dans l'Union européenne. En outre, l'application concrète du règlement CE n° 2157/2001 a amené la doctrine à critiquer fortement le rattachement juridique mis en œuvre puisqu'il entrainait en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de justice relative à la liberté de libre établissement consacrée par le droit de l'UE. Le règlement CE n° 2157/2001 sur le statut de la SE avait lui-même prévu l'éventualité d'une révision du rattachement juridique de principe par le siège réel⁸⁵⁷. Les fondateurs d'une SPE disposent d'une très grande liberté contractuelle pour établir les statuts de leur société. Ils peuvent ainsi pratiquer le *law shopping* en choisissant la loi nationale applicable aux matières pour lesquelles le règlement opère un renvoi au droit national du siège statutaire de la SPE⁸⁵⁸. L'autre avantage est que la mobilité de la SPE est grandement facilitée par l'utilisation du siège statutaire comme critère de rattachement juridique.

⁸⁵⁶ R. Dammann et D. Weber-Rey, « La société privée européenne : un outil novateur », art. précité.

⁸⁵⁷ L'article 69 du règlement CE n° 2157/2001 mentionne parmi les points devant faire l'objet d'un réexamen le maintien ou l'abandon du siège réel comme critère de rattachement de la SE.

⁸⁵⁸ Dans l'hypothèse d'un transfert de siège social, les règles de protection des salariés s'appliquent dans le nouvel Etat membre si rien n'est prévu pour la cogestion : la proposition de règlement consacre également le principe dit « avant-après » apparu dans la directive CE du 8 octobre 2001 relative à l'implication des salariés dans la SE.

§ 2. Les avancées promises par le nouveau statut de la SPE : une mobilité accrue.

297. L'un des obstacles au succès de la SE concerne son incapacité à répondre pleinement au désir de mobilité des sociétés dans l'Union européenne en raison de l'adoption d'un critère de rattachement trop rigide et contraignant. Par conséquent, la proposition de règlement relative à la SPE consacre le siège statutaire comme critère de rattachement juridique. Le rattachement de la société à un ordre juridique étatique constitue un « *point d'ancrage* »⁸⁵⁹ qui va ralentir la mobilité des sociétés dans l'espace européen. Par ailleurs, en vertu de la jurisprudence de la CJUE, le transfert de siège social avec maintien de la personnalité morale est tout à fait possible⁸⁶⁰ : l'Etat membre d'origine et l'Etat membre d'accueil ne peuvent s'y opposer. En revanche, si la société souhaite conserver la compétence de sa *lex societatis*, l'Etat d'origine peut interdire le transfert. Si la proposition de règlement reste en l'état, alors la SPE deviendrait l'outil du droit de l'UE le plus favorable au transfert de siège social dans l'Union européenne. Avec l'abandon du projet de 14^{ème} directive sur le transfert de siège social dans l'Union européenne avec changement de la *lex societatis* compétente, seuls le règlement CE n° 2157/2001 relatif à la SE et la dixième directive CE n° 2005/56 sur les fusions de sociétés de capitaux permettent à une société de transférer son siège statutaire dans un autre Etat membre. La dissociation des sièges réel et statutaire permet à la SPE de transférer son siège statutaire dans un autre Etat membre tout en maintenant son administration centrale dans l'Etat d'origine. La SPE peut également participer à une opération de fusion intra UE. Le transfert de siège de la SPE ne donne pas lieu à liquidation ou à dissolution de la société, et il n'y a pas de perte de la personnalité morale même en cas de changement de la loi applicable. En outre, des mesures de protection sont prévues en faveur des tiers : le transfert est impossible si la société est soumise à une procédure d'insolvabilité. La raison première de cette règle est d'éviter un *law shopping* abusif en matière de *lex concursus*. Cette forme sociale qu'est la SPE répondrait enfin aux attentes des milieux d'affaires dans la mesure où le régime juridique serait clarifié mais surtout en raison de la possibilité de circuler dans l'Union européenne sans aucune contrainte. La SPE comblerait ainsi les lacunes de la SE

⁸⁵⁹ R. Dammann et D. Weber-Rey, « La société privée européenne : un outil novateur », art. précité.

⁸⁶⁰ CJCE, « *Daily Mail* » et « *Cartesio* », arrêts précités.

et de son régime juridique mixte par une augmentation des règles matérielles. De plus, la SPE serait un outil bien plus performant pour la coopération et la concentration des sociétés que ne l'est la SE. Une SPE peut constituer un groupe sur la base d'une structure juridique unique. D'après certains auteurs, la SPE pourrait même faire de l'ombre à la SARL française à cause d'une plus grande souplesse dans son fonctionnement et sa gestion au quotidien⁸⁶¹. Il en est de même s'agissant de la *GmbH* allemande dont la rigueur pourrait pousser les fondateurs de sociétés à opter pour le régime libéral et extrêmement souple de la future SPE⁸⁶². De manière indirecte, la SPE pourrait également réussir là où de nombreuses réglementations du droit de l'UE ont échoué, à savoir l'harmonisation du droit des sociétés et du droit international privé des Etats membres.

La proposition de règlement relatif à la SPE promet des avancées significatives en matière sociétaire pour toutes les sociétés ressortissantes des Etats membres de l'Union européenne. Or, un point crucial a été volontairement écarté par la Commission européenne lors de l'élaboration de sa proposition : l'abandon du caractère multinational de la SPE à titre de règle générale⁸⁶³.

§ 3. L'abandon du caractère transfrontalier de la SPE.

298. Consciente des limites actuelles du droit des sociétés de l'UE, la Commission européenne a pris l'initiative de retirer le caractère nécessairement transfrontalier de la future SPE. Ainsi, n'importe quel fondateur de société dans l'un des Etats membres pourrait recourir à cette forme sociale même en l'absence d'une activité interne à l'Union européenne. Or, cette mesure prise par la Commission a suscité de vives critiques de la part de certains auteurs pour

⁸⁶¹ R. Dammann et D. Weber-Rey, « La société privée européenne : un outil novateur », art. précité.

⁸⁶² A. Bothiau et M. Martinek, « La future SPE (*Societas Privata Europaea*), menace pour la GmbH », *Bull. Joly sociétés* septembre 2009, n° 9, p. 808.

⁸⁶³ *Ibid.* Ces auteurs parlent du caractère multinational de la future SPE. Nous préférons parler de caractère transfrontalier de la SPE, la multinationalité faisant plutôt allusion à un rattachement juridique pluriel de la société. Cette terminologie pourrait entraîner une confusion sur le rattachement juridique de la future SPE.

qui la Commission va bien au-delà de ses attributions juridiques⁸⁶⁴. La Commission européenne n'aurait pas respecté le principe de subsidiarité et des règles de compétence. Cette proposition est-elle donc conforme à l'article 352 TFUE⁸⁶⁵ ? La Commission européenne peut-elle valablement créer une forme sociale purement nationale dans chacune des législations des Etats membres ? Pour sa défense, la Commission argue du fait que seule une telle forme sociale permettrait aux sociétés d'envisager facilement une activité transfrontalière⁸⁶⁶. La conséquence directe d'une telle réglementation serait d'instaurer là encore le *law shopping* dans l'Union européenne. La future SPE est régie par les dispositions réglementaires autonomes du droit de l'UE directement applicables dans chaque Etat membre. La loi du siège social pour les petites sociétés de capitaux comme la SARL, la *GmbH* ou la *Limited* anglaise se n'applique que si une question ne peut être résolue par le règlement CE ou les dispositions statutaires adoptées par les fondateurs de la SPE. Dans l'hypothèse de la création d'une SPE en France, le droit français relatif à la SARL ne s'applique que s'il n'empiète pas sur le règlement ou les dispositions statutaires approuvées par les fondateurs de la société. Cet oubli volontaire de la part de la Commission est dicté par le souci d'aboutir à un régime juridique uniforme et identique à tous les Etats membres s'agissant de la future SPE. En outre, une telle solution a le mérite d'inciter les Etats membres à réviser leur droit interne et à adopter des réformes favorisant la souplesse et le libéralisme dans les conditions de création et de fonctionnement des petites sociétés de capitaux. Une prétendue augmentation de la concurrence des législations nationales à cause de l'absence de caractère transfrontalier

⁸⁶⁴ *Ibid.* Un fort courant minoritaire allemand reproche à la Commission d'avoir retiré le caractère transfrontalier de la future SPE et avance un risque d'érosion pour les droits nationaux des Etats membres dont le statut juridique relatif aux petites sociétés de capitaux ne saurait être compétitif face au statut libéral et très souple de la SPE. Ainsi, la SARL, la *Limited* du droit anglais et enfin la *GmbH* de droit allemand sont désavantagées face à la SPE qui risque de recueillir tous les suffrages si le caractère transfrontalier de la SPE n'est pas clairement mentionné dans le futur règlement relatif à la SPE. V. en particulier P. Hommelhoff, *WM*, 1997, pp. 2101 et 2105.

⁸⁶⁵ L'article 308 TCE – article 352 TFUE – a servi de fondement juridique aux formes sociales que sont le GEIE, la SE et la SCE. La question est de déterminer si cette position de la Commission n'est pas contraire au principe de subsidiarité puisqu'elle propose la possibilité de créer une SPE pour une activité purement interne dans chaque Etat membre entraînant de fait une concurrence avec les formes sociales nationales des Etats membres.

⁸⁶⁶ Commission européenne, communication SEC (2008) 2098, COM (2008) 396, S. 25. Pour la Commission, la SPE doit être « *attractive dans un contexte purement national* », elle doit également offrir « *un plus grand choix de formes juridiques* » et renforcer « *la concurrence entre la SPE et les modèles sociétaires nationaux* ». Elle accepte donc que cette option – l'abandon du caractère transfrontalier de la SPE – « *ne soit pas tout à fait en accord avec le principe de subsidiarité* » et que quelques « *Etats membres puissent être plus réticents à accepter un tel statut* ».

de la SPE est quelque peu tronquée puisque la jurisprudence de la Cour de Luxembourg a érigé en principe du droit de l'UE la recherche de la loi la plus favorable à l'activité des sociétés commerciales⁸⁶⁷. Par conséquent, il ne semble pas que l'argument tenant au caractère transfrontalier de la SPE soit de nature à porter préjudice aux législations nationales des Etats membres. Là encore, les difficultés rencontrées par la SE pour s'imposer auprès des milieux d'affaires pourraient expliquer la position prise par la Commission européenne qui a volontairement préféré opter pour un régime juridique stable et commun à tous les Etats membres⁸⁶⁸.

Conclusion :

299. La liberté d'établissement dans un Etat membre de l'Union européenne et la création de personnes morales du droit de l'UE comme la SE ou la future SPE posent nécessairement la question du rattachement juridique et du critère à mettre en œuvre pour identifier la *lex societatis*. Nous avons également pu voir comment le droit de l'UE a fait pression sur les Etats membres pour imposer le critère de l'incorporation dans l'Union européenne même si le principe énoncé par l'article 54 TFUE est celui de l'égalité de tous les critères de rattachement utilisés par les Etats membres. Sous la pression de la jurisprudence de la CJUE, l'Allemagne a été amenée à revoir sa position de principe pour les sociétés de capitaux en adoptant le critère formaliste de l'incorporation. Le droit français se rapproche, à son tour, de la théorie de l'incorporation puisque la doctrine moderne remarque, à juste titre, que le législateur français n'érige pas le siège réel en principe de rattachement. La Cour de justice a ainsi permis à des sociétés ressortissantes d'un Etat membre de transférer leur siège social dans un autre Etat membre dès lors que le transfert de siège entraîne un changement de la *lex societatis* et un changement de nationalité de la société⁸⁶⁹. Les règles applicables à la détermination du

⁸⁶⁷ Arrêt préc.

⁸⁶⁸ K. Hopt, *EuZW*, 2008, p. 513. Pour cet auteur, la SPE sera un gage de sécurité juridique avec un standard unique portant un label de qualité européen et assurant la réduction des coûts en cas de filiales réparties dans plusieurs pays. Ainsi, la SPE offrira une « vraie réglementation européenne » avec une « déréglementation cohérente, notamment en ce qui concerne la souscription du capital ».

⁸⁶⁹ CJCE, « *Cartesio* », arrêt préc.

rattachement juridique mais aussi de la reconnaissance des sociétés étrangères vont donc dépendre de la localisation du siège réel de la société. S'il s'agit d'une société ressortissante d'un autre Etat membre, la solution en matière de rattachement et de reconnaissance est différente si l'on a à faire à une société tiers à l'Union européenne. Par conséquent, les règles de droit international privé d'un Etat membre vont s'appliquer à une société tiers à l'Union européenne. En revanche, les règles applicables en matière de rattachement juridique et de reconnaissance des sociétés ressortissantes aux Etats membres de l'Union européenne sont exclusivement tributaires du droit de l'UE et de la jurisprudence de la Cour de justice.

CHAPITRE III : LA POSITION DES ETATS MEMBRES DE L'UNION EUROPEENNE ET LES SOLUTIONS DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE EN MATIERE DE GROUPES DE SOCIETES

300. Peut-on aller au-delà du fondement économique du groupe international de sociétés et lui donner une assise juridique ? Les défis économiques auxquels sont confrontés les pays en développement ne devraient-ils pas, dans certaines situations précises, permettre de déterminer la nationalité d'une filiale appartenant à un groupe international en application d'un critère économique⁸⁷⁰ ? La question de la reconnaissance juridique et d'une nationalité propre au groupe de sociétés est difficilement appréhendée par le droit international et la plupart des droits nationaux⁸⁷¹. En règle générale, les législations nationales refusent d'accorder une nationalité au groupe de sociétés. Par conséquent, le groupe de sociétés ne dispose jamais d'une loi unique pour régir son statut juridique. Le groupe de sociétés n'est pas une entité identifiable d'un point de vue juridique : chaque société membre du groupe est indépendante et bénéficie d'une *lex societatis* propre qui est celle de l'Etat de constitution ou d'immatriculation de la société. Toutefois, certains auteurs ont en effet appréhender la question du groupe de sociétés sous un angle unique en lui reconnaissant une nationalité unique en se fondant sur les théories du siège réel et du contrôle qui s'appliqueraient à titre subsidiaire⁸⁷².

⁸⁷⁰ J. Béguin, « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », in *Mélanges P. Catala*, éd. Litec, Paris, 2001, p. 874. L'auteur plaide pour une utilisation extensive de la notion de contrôle économique pour déterminer le rattachement juridique des sociétés commerciales. Dans le même sens, D. Pohé, *La nationalité des sociétés dans les pays en voie de développement*, thèse Bordeaux, 1989. Cet auteur est favorable à un double critère juridique et économique pour déterminer la nationalité des sociétés. Ainsi, une filiale d'un groupe international se verrait refuser la nationalité du pays où se trouve son siège social si elle ne participe pas effectivement au développement économique de ce pays. Il s'agit essentiellement de protéger et favoriser l'économie nationale des pays en développement.

⁸⁷¹ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. 2, partie spéciale, 2^{ème} éd., PUF, Paris, n° 1063 et s., p. 486.

⁸⁷² B. Goldman, « La nationalité des sociétés dans la Communauté économique européenne », *Trav. com. fr. DIP* 1966-1969, p. 240 et s. ; J. Béguin, « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », art. précité ; D. Pohé, thèse préc. ; J.-P. Laborde, « Droit international privé et groupes internationaux de sociétés : une mise à l'épreuve réciproque », in *Mélanges J. Derruppé*, LGDJ, Paris, 1991, p. 49 et s.

Au-delà de la simple approche économique et sociologique du groupe international de sociétés, nous verrons qu'il est possible d'accorder une nationalité unique au groupe de sociétés, dans certains cas particuliers, basée sur une combinaison de critères de rattachement appliqués par la jurisprudence française et étrangère (section I). Puis, dans un deuxième temps, nous exposerons les solutions retenues en droit comparé par les pays anglo-saxons, mais également par le droit allemand qui reconnaît explicitement l'existence juridique du groupe de sociétés (section II). Enfin, nous étudierons la position du droit de l'UE par rapport aux groupes de sociétés. La réglementation des groupes de sociétés, en raison de leur mainmise sur l'économie internationale, est une question qui demeure vivace pour les organes de l'Union ainsi que pour les Etats membres (section III).

Section I : Le groupe de sociétés : une possible distinction entre *lex societatis* et nationalité.

301. En dehors du cadre régional de l'Union européenne, les opérations de coopération et autres concentrations entre les sociétés sont extrêmement difficiles et parfois très coûteuses. En matière de fusion internationale, la nécessaire combinaison alternative et/ou cumulative des lois nationales des sociétés participantes rend le succès de ce type d'opérations très aléatoire. Dès lors, les sociétés à la recherche de nouveaux débouchés et souhaitant conquérir de nouveaux marchés implantent des filiales dans les pays où elles souhaitent développer leur activité. Ces sociétés appartenant à une société mère ont une autonomie juridique et une personnalité morale distincte. Pour déterminer la nationalité de chaque société du groupe, le critère de rattachement est déterminé par la *lex societatis* de chaque filiale. Cependant, un courant doctrinal minoritaire pense qu'il peut être opportun de concilier l'autonomie juridique dont jouit chaque société du groupe avec l'intérêt de l'Etat d'implantation à rétablir parfois la transparence et à imposer l'application de certaines de ses lois de police à l'ensemble des sociétés du groupe⁸⁷³.

⁸⁷³ A. A. Fatouros, « Problèmes et méthodes d'une réglementation des entreprises multinationales », *JDI* 1974, p. 495. À juste titre, « un seul centre de décision (...) détermine le comportement de toutes les monades et de tous

Dans un premier point, nous verrons s'il peut être envisageable d'appréhender le groupe international de sociétés dans son ensemble en lui attribuant une nationalité unique (§ 1). Les approches économique et sociologique penchent vers cette conception. Ensuite, dans un second temps, nous exposerons la position du législateur français par rapport aux groupes de sociétés (§ 2). Là encore, il existe en droit interne français des dispositions éparses qui concernent spécifiquement le groupe de sociétés dans son intégralité.

§ 1. Est-il possible d'attribuer une nationalité unique au groupe de sociétés ?

302. En l'état actuel du droit français, le groupe de sociétés se caractérise par l'absence d'un statut juridique unitaire : seule l'unité économique et sociale est prise en compte. En revanche, certaines hypothèses auront des répercussions en droit. Toutefois, l'on constate que les économistes ou les sociologues, de même que l'opinion publique, influencée par la presse, ont une approche unitaire du groupe de sociétés basée sur la nationalité de la société mère. Le développement des échanges commerciaux mondiaux et l'augmentation fulgurante du nombre et de la taille des groupes internationaux de sociétés peuvent susciter de nouveaux problèmes

les agents de l'entreprise. La stratégie commune de l'entreprise n'est donc que l'ensemble des issues du centre de décision ». Pour une étude approfondie du phénomène des groupes de sociétés : H. Synvet, *L'organisation juridique du groupe de sociétés*, thèse Rennes, 1979 ; C. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, LGDJ, Paris, 1991. Cet auteur voit dans le contrôle de la société mère, exerçant une domination sur ses filiales ou les sociétés qui sont dans son sillage, un « principe de gouvernementalité ». D'après un autre auteur, le contrôle existe dès lors que la société « est investie d'un pouvoir souverain de direction, de commandement au sein d'une société juridiquement autonome » (M. Storck, « Définition légale du contrôle d'une société en droit français », *Rev. sociétés* 1986, p. 385). V. également, B. Oppetit, « Les sociétés multinationales et les Etats nationaux », in *Mélanges Bastian*, t. I, *op. cit.*, p. 161 ; J.-P. Laborde, « Droit international privé et groupes internationaux de sociétés, une mise à l'épreuve réciproque », in *Mélanges J. Derruppé* 1991, p. 49.

en matière juridique comme la détermination de la loi applicable à une société qui, en réalité, serait totalement dépendante de la société mère, basée dans un autre Etat. La question de la nationalité va faire débat sur la substitution du centre de décision au siège social. La principale question est de déterminer si une filiale peut être soumise à la *lex societatis* de la société mère.

La dépendance économique des sociétés du groupe est un indice indéniable de la stratégie commune et d'intérêts communs (A). En outre, la plupart des décisions émanent du centre de décision que l'on localise au siège social de la société mère. En outre, une définition économique du groupe de sociétés prédomine⁸⁷⁴. La combinaison des deux critères pourrait nous permettre de déterminer la loi applicable à toutes les sociétés membres du groupe dans certains cas particuliers (B).

A/ Le groupe international de sociétés entre dépendance économique et autonomie juridique.

303. La caractéristique principale du groupe international de sociétés est son unité économique (1). Toutefois, malgré cette interdépendance des sociétés du groupe, ce dernier ne semble pas facilement identifiable et la meilleure solution est de l'appréhender comme un ensemble de sociétés totalement indépendantes d'un point de vue juridique (2).

1. L'approche économique et unitaire du groupe international de sociétés.

304. Deux critères permettent de qualifier le groupe de sociétés : le critère du contrôle et l'unité de décision⁸⁷⁵, toutes les décisions sont prises par la société mère. Celle-ci va résulter de la participation majoritaire de la société mère dans le capital de la filiale. La multiplication

⁸⁷⁴ L'Institut de Droit international (session de août-septembre 1995, Lisbonne V.I. - Définition, point 1) a défini l'entreprise multinationale comme « *un groupe de sociétés opérant sous un régime de propriété ou de contrôle commun, et dont les membres sont constitués conformément à la loi de plus d'un Etat* ».

⁸⁷⁵ *Juris-classeur commercial* n° 7, « Groupes de sociétés », fasc. n° 1574.

des filiales soumises à une *lex societatis* – différente de celle de la société mère – répond à un intérêt essentiellement juridique puisqu'il s'agit avant tout de réduire les risques et de partager la responsabilité des dirigeants sociaux. En outre, l'adoption d'une forme sociale locale permet de bénéficier des mêmes avantages, en matière fiscale ou sociale, que les sociétés de l'Etat d'implantation. Dans le cadre de la mondialisation et de la prolifération des groupes de sociétés, le contrôle économique et financier a pris une place importante qui, dans certains cas de figure, supprime l'aspect juridique du siège social ou d'une prise de participation. Les rapports entre les filiales et leur société mère sont assez flous d'un point de vue juridique. En effet, les groupes sont construits sur « *une articulation inédite et paradoxale : il existe des liens capitalistiques entre entreprises mais chacune d'elles reste indépendante juridiquement* »⁸⁷⁶. La société mère, consciente des avantages de soumettre chaque filiale à une *lex societatis* spécifique, va apparaître comme une société unifiée ou bien comme un ensemble de sociétés indépendantes au gré des situations. La stratégie du groupe est dictée par ses intérêts du moment et peut aller jusqu'au sacrifice de l'une des filiales pour la survie du groupe. Le groupe autoriserait ainsi « *une forme de réversibilité des décisions* »⁸⁷⁷. « *Réalité fuyante, fluctuante, diversifiée, les groupes de sociétés ressemblent à des hydres dont le droit ne semble pouvoir saisir qu'une tête à la fois* »⁸⁷⁸. La multitude des lois applicables aux filiales d'un groupe de sociétés a également engendré des difficultés pour les Etats pour contrôler l'activité de ces sociétés sur leur territoire. Les principales caractéristiques du groupe international de sociétés sont l'unité organisationnelle et, dans le même temps, le principe de l'autonomie juridique des sociétés. Une analyse basée sur le seul critère juridique peut parfaitement ne pas faire apparaître l'existence d'un groupe de sociétés. Par conséquent, la prise en compte des flux économiques entre une filiale et une autre société peut mettre en évidence l'existence d'un lien de subordination comme la remontée des bénéfices. De plus, la direction des sociétés affiliées est par nature sous le contrôle du groupe⁸⁷⁹. Ce lien de dépendance se concrétise par la désignation des dirigeants de la filiale par ceux de la société

⁸⁷⁶ A. Catel Duet, « Etre ou ne pas être : le groupe comme firme unifiée ou comme ensemble de sociétés ? Une approche sociologique », *Rev. droit et société* n° 67/2007, p. 615 et s.

⁸⁷⁷ *Ibid.*

⁸⁷⁸ M.-A. Moreau, « La mobilité des salariés dans les groupes de dimension communautaire : quelques réflexions à partir d'une analyse comparée », *Travail et Emploi* n° 53, 1992, p. 58 et s.

⁸⁷⁹ C. Malecki, « Les dirigeants des filiales », *Rev. sociétés* n° 3, 2000, pp. 453-490.

mère. Ce pouvoir de la société mère de désigner ou de révoquer les dirigeants des filiales lui permet de se positionner comme le centre du pouvoir stratégique. De fait, les dirigeants des filiales, indépendantes juridiquement, doivent obligatoirement respecter les directives de la société mère au risque d'être révoqués. La société mère va être à l'origine d'un objectif commun et d'un « *intérêt de groupe* »⁸⁸⁰. Dans cette perspective, le groupe serait un sujet de droit réel et l'autonomie juridique des filiales n'est qu'un écran qui masque la cohérence d'un ensemble organisé⁸⁸¹. La principale difficulté pour appréhender les groupes de sociétés dans leur globalité est qu'ils « *lient les questions de propriété et de contrôle tout en les déconnectant du principe juridique d'autonomie de la personne morale, particularité qui est à la source du problème analytique qu'il pose (...)* »⁸⁸². Le rapport de propriété est double : il est à la fois un rapport de détention et un rapport de pouvoir⁸⁸³. La société mère va tout d'abord exercer un droit de gestion en tant qu'actionnaire de sa filiale, ce lien financier va être un vecteur de pouvoir. Elle peut également créer une unité organisationnelle avec toutes ses filiales en vue d'harmoniser sa stratégie globale. L'aspect économique est au centre de la définition du groupe de sociétés. Cependant, un auteur remarque, à juste titre, que cette notion de contrôle peut être « *trompeuse* » dans la mesure où le contrôle, exercé via la propriété d'une partie ou de la totalité du capital social, n'entraînera pas nécessairement une « *relation de pouvoir* »⁸⁸⁴. Trois arguments semblent militer en faveur de cette théorie :

– tout d'abord, une entreprise peut se donner les moyens juridiques (droits de vote double, action à dividende prioritaire sur droits de vote, liens personnels par identité de dirigeants, gérance de fonds de commerce, franchise, accords d'approvisionnements et de débouchés, clauses restrictives en matière de propriété industrielle...) d'exercer une influence sur une autre société avec une faible participation dans son capital. Dans cette hypothèse, certains

⁸⁸⁰ A. Jacquemin, « La dynamique du groupe d'entreprises : une perspective de droit économique », *Rev. d'économie industrielle* n° 47, 1989, pp. 6-13. Cet auteur définit le groupe de sociétés comme « *un ensemble constitué par des sociétés qui dépendent financièrement et économiquement d'un centre qui assure la direction et le contrôle des sociétés dépendantes* ».

⁸⁸¹ M. Pariente, *Les groupes de sociétés : aspects juridique, social, comptable et fiscal*, Litec, Paris, 1993.

⁸⁸² A. Catel Duet, « Etre ou ne pas être : le groupe comme firme unifiée ou comme ensemble de sociétés ? Une approche sociologique », art. précité, p. 618.

⁸⁸³ F. Morin, *Théorie économique du patrimoine*, éd. Ellipses, Paris, 1984.

⁸⁸⁴ A. Catel Duet, « Etre ou ne pas être : le groupe comme firme unifiée ou comme ensemble de sociétés ? Une approche sociologique », art. précité.

auteurs parlent de « *filiale de fait* »⁸⁸⁵.

– ensuite, le lien entre pouvoir et propriété n'est qu'une faculté, le recours au contrôle par la société mère pour dicter sa ligne de conduite n'est pas systématique. Dans ce cas de figure, la relation de pouvoir reste une potentialité que la société mère peut actionner ou non.

– enfin, s'agissant de la nature du contrôle, « *comment peut-on affirmer que la propriété donne nécessairement un pouvoir économique sur la société liée, à la vue de la très grande diversité des pratiques des sociétés ?* »⁸⁸⁶. Les groupes de sociétés sont très hétérogènes dans leur mode de fonctionnement mais aussi dans leur organisation structurelle⁸⁸⁷. Il n'est pas toujours très aisé de délimiter la frontière entre une simple coopération financière et de véritables relations de groupes fondées sur le contrôle effectif de la société mère. Comme le relève un auteur, « *rien ne permet d'établir une correspondance automatique, ou trop directe, entre relation capitalistique et formation d'un groupe* »⁸⁸⁸.

⁸⁸⁵ M. Bauer et E. Cohen, *Qui gouverne les groupes industriels ? Essai sur l'exercice du pouvoir du et dans le groupe industriel*, éd. Seuil, Paris, 1981. Il existerait ainsi une sorte de sphère d'influence sans que la société ne possède de parts importantes dans la société contrôlée.

⁸⁸⁶ A. Catel Duet, « Etre ou ne pas être : le groupe comme firme unifiée ou comme ensemble de sociétés ? Une approche sociologique », art. précité.

⁸⁸⁷ Le groupe est à structure institutionnelle ou à structure contractuelle :

– s'agissant du groupe à structure institutionnelle : deux typologies existent, celle reposant sur leur vocation et celle reposant sur leur structure. En application du critère de la vocation, l'on distingue trois types de groupes : industriels, financiers et personnels. En vertu du critère de la structure, il existe trois types de groupes : pyramidal, radial et circulaire.

– s'agissant des groupes à structure contractuelle : ces groupes se caractérisent par le recours à la technique contractuelle. L'intérêt de ces liens purement contractuels est de donner une grande souplesse et une forte capacité d'adaptation des sociétés contractantes aux réalités du marché. Les contrats les plus répandus sont les contrats d'union qui peuvent traduire des relations contractuelles temporaires ou durables, les contrats d'intégrations ou les contrats d'assistance technique. Pour une étude approfondie de l'organisation structurelle des groupes de sociétés : cf. *Juris-Classeur Commercial* n° 7, « Groupes de sociétés », fasc. n° 1574.

⁸⁸⁸ A. Catel Duet, art. précité.

2. Le groupe comme ensemble de sociétés distinctes juridiquement.

305. Le groupe international se caractérise par l'absence de personnalité morale (i). En outre, le critère du contrôle économique est un obstacle à la détermination de la *lex societatis* unique (ii).

i. L'absence de personnalité morale du groupe international de sociétés.

306. Le groupe de sociétés est loin d'être une entité économique et juridique facilement identifiable par le droit. Il n'a pas la personnalité morale en droit français et dans la plupart des législations, sauf exception comme en droit allemand. Les formes et les modalités de fonctionnement des groupes internationaux de sociétés ne sont absolument pas homogènes, ce qui rend d'autant plus ardu l'approche globale de ces formes de coopération et de concentration. S'agissant de l'approche globale du groupe international de sociétés, « *doit-on affirmer ou nier l'indépendance juridique des sociétés membres du groupe*⁸⁸⁹ ? ». L'enjeu pour la doctrine française est de « *produire une analyse qui reconnaisse cette architecture économique et les relations de domination qu'elle engendre tout en respectant la personnalité morale des sociétés* »⁸⁹⁰. La doctrine majoritaire ne reconnaît pas l'existence juridique des groupes de sociétés. Il s'agit avant tout d'un ensemble de sociétés qui travaillent en commun pour leurs intérêts économiques sous la tutelle d'une société mère. « *Le groupe est traditionnellement appréhendé par le droit français comme une somme d'entités indépendantes quoique réunies entre elles par des liens de participation étroits. Si le groupe est un espace dans la plupart des cas unifié du point de vue du management, le groupe demeure aux yeux du juriste une somme d'entités devant fonctionner comme si elles devaient être indépendantes* »⁸⁹¹. La définition du groupe comme un ensemble unifié provient d'une « *confusion entre la propriété de l'actif physique utilisé dans l'entreprise et la propriété*

⁸⁸⁹ C. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, op. cit.

⁸⁹⁰ A. Catel Duet, art. précité.

⁸⁹¹ A. Couret, « L'évolution du cadre juridique », *Rev. française de gestion* n° 28 (141), 2002, p. 388 et s.

portant sur les droits dérivés de l'usage des biens dans l'entreprise »⁸⁹². Entre ces deux appréhensions de la propriété s'interpose la personne morale de la société filialisée⁸⁹³. Or, la personnalité juridique des actionnaires s'efface derrière celle de la société : les actionnaires ne sont pas propriétaires de l'actif social, ils possèdent simplement des droits sociaux⁸⁹⁴. D'autre part, l'approche unitaire du groupe de sociétés va entraîner une entorse au droit commun des sociétés dans la mesure où la société filialisée, qui fonctionne sous le contrôle de la société mère, peut être indirectement soumise à la *lex societatis* de la société mère.

307. La *lex societatis* de la société mère, prenant l'ensemble des décisions du groupe, peut-elle s'appliquer aux filiales qui, en principe, sont soumises à une loi nationale étrangère ? Le groupe de sociétés ne saurait être soumis à la loi d'un Etat déterminé même si le contrôle économique exercé par une société peut donner des indices sur les personnes physiques ou morales qui dirigent effectivement la société. Il y a bien trop d'obstacles à rattacher toutes les sociétés d'un groupe international à une *lex societatis* unique. D'après Batiffol, « (...) soumettre le contrat qui fonde une pareille entreprise à la loi d'un Etat déterminé ne correspond à aucune réalité »⁸⁹⁵. Le groupe de sociétés permet et recherche l'optimisation juridique essentiellement d'un point de vue fiscal⁸⁹⁶. L'indépendance juridique des filiales va permettre de limiter les risques liées aux activités en responsabilisant chaque filiale du groupe et de compartimenter la gestion du groupe d'un point de vue financier et fiscal. Étant dépourvu de personnalité juridique, le groupe international de sociétés ne peut se voir attribuer une nationalité unique. Par conséquent, la nationalité de chaque société du groupe est appréciée isolément⁸⁹⁷. Il semble extrêmement délicat de vouloir soumettre l'ensemble des sociétés d'un groupe à une loi unique : les conflits de lois en la matière seraient trop nombreux et parfois insolubles. La seule condition qui pourrait permettre de régir le statut

⁸⁹² A. Catel Duet, art. précité.

⁸⁹³ J.-P. Robé, *L'entreprise et le droit*, éd. PUF, Paris, 1999.

⁸⁹⁴ C. Del Cont, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, éd. L'Harmattan, Paris, 1997.

⁸⁹⁵ Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1956, p. 96, n° 43.

⁸⁹⁶ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 402 et s. L'auteur relève à juste titre que la pluralité des lois applicables aux sociétés du groupe va permettre d'optimiser la gestion globale du groupe. En ce sens, H. Synvet, thèse préc., p. 3 ; C. Hannoun, thèse préc., p. 236.

⁸⁹⁷ J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque et S. Corneloup, *Droit du commerce international*, 2^{ème} éd., coll. droit privé, Précis, Dalloz, 2010, n° 320, p. 188 ; Ch. Leben, *L'entreprise multinationale face au droit*, éd. Litec, Paris, 1977, n° 188, p. 190.

juridique d'un groupe international de sociétés pris dans sa globalité serait l'existence de règles matérielles acceptées par l'ensemble de la communauté internationale ou, dans une moindre mesure plus réaliste, au niveau régional. Or, l'édification d'une réglementation spécifique aux groupes internationaux de sociétés n'est pas chose facile, y compris dans le cadre régional de l'Union européenne⁸⁹⁸.

ii. Le critère du contrôle : obstacle à la détermination d'une *lex societatis* unique.

308. Il est quasiment impossible de saisir la réalité factuelle d'un groupe en raison des contraintes économiques du marché international qui nécessitent une adaptabilité sans cesse en mouvement et extrêmement variable. Le contrôle qui est à la base de la théorie unitaire du groupe international de sociétés est fluctuant et totalement subjectif : dans le cadre de l'organisation et du fonctionnement du groupe, celui-ci ne peut et ne doit pas être rigide ou figé dans une situation particulière.

309. La variabilité du contrôle économique est l'essence même du groupe international de sociétés. « Or, si l'on ne peut cerner le groupe avec précision, il est impossible de lui appliquer une loi unique définie par un critère unitaire »⁸⁹⁹. Cette fluctuation dans le critère de détermination de l'existence unitaire du groupe international de sociétés serait source d'insécurité juridique aussi bien pour les associés que pour les tiers dont la loi applicable à leurs accords ou contrats serait difficilement identifiable à l'avance, ou, au contraire, soumise à une modification soudaine à cause d'un changement de contrôle. Une autre limite à l'approche unitaire du groupe de sociétés réside dans le fait que la structure organisationnelle du groupe est également mouvante et dépendante exclusivement des intérêts du groupe dans son ensemble. Si l'une des filiales du groupe ne répond plus aux attentes de la société mère ou si sa situation financière est compromise au point de mettre les sociétés du groupe en danger, alors la société mère peut décider de s'en séparer. Là encore, le contrôle économique recouvre

⁸⁹⁸ Le projet de 9^{ème} directive ayant pour objet les groupes de sociétés n'a jamais été officiellement présenté. L'Union européenne espérait créer un droit matériel applicable aux groupes de sociétés.

⁸⁹⁹ M. Menjuq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 398.

des formes diverses qui sont parfois difficilement révélatrices d'une réelle mainmise⁹⁰⁰.

310. Faire régir le statut juridique de toutes les sociétés du groupe par une loi unique aurait pour conséquence de créer une insécurité juridique puisque la loi applicable à l'une des filiales du groupe pourrait être différente si elle ne répond plus au critère du contrôle qui l'avait préalablement intégré dans un groupe de sociétés précis. Quelle loi faudrait-il retenir si la société initialement à l'origine du contrôle venait à changer en cas de changement successif du contrôle⁹⁰¹ ? La variabilité du contrôle, gage de réussite économique pour le groupe international de sociétés, poserait de sérieuses atteintes à la sécurité juridique des tiers, mais également des associés dont la société change de direction.

311. La difficulté consiste à déterminer quel siège de direction retenir pour déterminer une *lex societatis* unique applicable à toutes les sociétés du groupe. Sur ce point, le problème semble insoluble puisqu'il s'agit de donner la préférence à un centre de décision de manière tout à fait subjective. Le centre de décision retenu par les juges dépendrait de la juridiction saisie et des investigations menées par ces juges pour déterminer le centre de direction du groupe. Le risque est que la sécurité juridique des tiers ou des associés minoritaires soit compromise, sans aucune prévisibilité de la loi applicable à titre de *lex societatis*, au gré des

⁹⁰⁰ A. Lyon-Caen, « Les manifestations juridiques du contrôle multinational », in *L'entreprise multinationale face au droit*, Litec, Paris, 1997, p. 77 et s. Le contrôle est soit institutionnel, soit contractuel. Dans ce dernier cas de figure, il se caractérise pas des techniques relationnelles comme des contrats de licence ou des contrats de distribution intégrée qui placent la ou les sociétés contractantes dans un lien de dépendance économique, synonyme de contrôle. Si, dans l'hypothèse d'un contrôle institutionnel, le contrôle est facilement identifiable, il n'en est pas de même dans le cas de figure d'un contrôle basé sur un contrat : seules des investigations poussées ou une bonne information permettent de déceler la nature du contrôle exercé. De plus, l'auteur remarque qu'il peut exister une domination économique et, par conséquent, un contrôle indirect dans l'hypothèse de contrats de distribution exclusive ou de contrats d'approvisionnements. La survie de la société liée par de tels contrats dépendra nécessairement de la société cocontractante. En droit français, le contrôle institutionnel existe dans toutes les dispositions relatives aux groupes de sociétés de la loi du 24 juillet 1966. V. D. Plantamps, « L'originalité du groupe de sociétés au sens de l'article L. 439-1 du Code du travail », *D.* 1991, chron., p. 69.

⁹⁰¹ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 400. Il en est de même de la situation des filiales communes détenues à parts égales entre deux sociétés : quelle est la loi qui doit l'emporter pour déterminer son statut juridique ? Il est évident que ces filiales ne disposent d'aucune liberté en matière économique ou financière mais la détermination d'un centre de décision unique n'est pas possible dans cette hypothèse. Or, espérer soumettre les filiales communes à un double rattachement est, là encore, impossible comme le démontre H. Synvet, thèse préc., n° 390 et s. D'après la jurisprudence, une filiale commune détenue à parts égales entre deux sociétés « n'appartient à aucun groupe » (Cass. soc., 9 février 1994, *Bull. Joly sociétés* 1994, p. 399, note M. Jeantin ; *Dr. social* 1994, p. 215 et s., rapport du conseiller Ph. Waquet).

changements de contrôle à la tête du groupe. Vouloir appréhender le groupe international de sociétés en application d'un critère purement économique est difficilement réalisable. La réalité du contrôle économique est un indice sur la société exerçant réellement le pouvoir de direction au sein d'une ou de plusieurs filiales mais « *il instaure une instabilité peu compatible avec la vie des sociétés du groupe* »⁹⁰² qui sont toujours soumises à une loi différente selon les prises de participation, la mobilité du centre de décision.

Cependant, il pourrait être envisageable, dans certaines hypothèses, de limiter le principe de l'autonomie juridique des sociétés d'un groupe international en ayant recours au critère du contrôle pour justement refuser qu'une filiale ne bénéficie des mêmes droits qu'une société nationale.

B/ L'application du critère du contrôle et du centre de décision à titre de loi de police et de sûreté.

312. La physionomie actuelle des groupes, reposant essentiellement sur des liens de dépendance ou de domination économique, fait que l'on doit aller au-delà de la simple approche juridique prônant l'indépendance juridique des sociétés du groupe. Le groupe de sociétés peut être « *parfaitement invisible à l'observateur des systèmes de production qui ne retiendrait que le critère juridique* »⁹⁰³. B. Goldman⁹⁰⁴ a été à l'origine du critère du centre de décision du groupe international de sociétés pour lui appliquer une loi unique eu égard à la totale dépendance économique des sociétés membres du groupe. Cet auteur revint cependant, à juste titre, sur sa position et concéda que la loi applicable aux filiales ne peut pas être déterminée en considération du seul centre de décision. Le groupe est une unité avant tout économique dont le contrôle est aléatoire et mouvant dans le temps et l'espace. B. Goldman reconnaît tout au plus que le centre de décision peut être un critère de détermination de la

⁹⁰² M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 401.

⁹⁰³ A. Catel Duet, « Etre ou ne pas être : le groupe comme firme unifiée ou comme ensemble de sociétés ? Une approche sociologique », art. précité.

⁹⁰⁴ B. Goldman, *Droit du commerce international*, op. cit., p. 99 et s.

nationalité de l'ensemble des sociétés du groupe. C'est là l'enjeu de notre propos, admettre que le groupe puisse se voir attribuer une nationalité unique dans certains cas de figure. Le précédent existe déjà en droit interne comme nous avons pu le voir avec l'application du contrôle pour la jouissance des droits réservés aux seules sociétés nationales. Une filiale qui posséderait effectivement son siège réel dans un Etat pourrait se voir attribuer la nationalité de la société mère si elle ne répond pas aux exigences posées par le droit interne. Cette position est partagée par certains auteurs⁹⁰⁵. J. Béguin constate justement que les sociétés ont une « *nationalité d'appartenance* » correspondant au rattachement à une économie nationale, alors que le droit international privé français reconnaît aux sociétés une « *nationalité de localisation géographique* » qui est celle de l'Etat sur le territoire duquel est implanté leur siège réel. Par conséquent, « *il serait temps de mettre clairement fin à ce divorce* »⁹⁰⁶. L'auteur appuie son argumentation sur la théorie de la fiction et constate qu'attribuer la nationalité française à une société dont les parts sont détenues en majorité par des personnes morales ou physiques étrangères est une pure fiction juridique⁹⁰⁷. Toutefois, cette fiction pourrait subsister si elle n'a pas d'inconvénients pratiques. En revanche, l'état de guerre ou des nécessités économiques peuvent valablement remettre en question cette fiction et induire la recherche de la véritable nationalité de la société.

313. L'aspect économique doit être pris en considération pour la détermination de la nationalité des filiales d'un groupe international. Toutefois, nous ne pensons pas que la détermination de la loi applicable doive suivre le même raisonnement juridique et il ne semble pas que l'auteur le fasse également. Dans cette optique, les critères du contrôle et du centre de décision⁹⁰⁸ se combinent de façon à permettre la détermination de la nationalité des filiales du groupe international de sociétés. Pour J. Béguin, l'application complémentaire du critère du contrôle économique permettrait de résoudre la confusion qui existe en droit français entre *lex*

⁹⁰⁵ En ce sens, J. Béguin, « La nationalité des sociétés devrait correspondre à leur réalité économique », art. précité ; D. Pohé, thèse préc.

⁹⁰⁶ J. Béguin, art. précité.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, v. spéc. p. 861 : « *considérer qu'une société est française parce qu'elle a fixé en France son siège social, même réel, est une fiction* ». En effet, si l'on retient le critère du contrôle économique, la nationalité de la société pourrait parfaitement être celle d'un autre Etat même si la *lex societatis* est la loi française.

⁹⁰⁸ B. Goldman, *Droit du commerce international*, op. cit., p. 99 et s.

societatis et nationalité des sociétés. La distinction entre *lex societatis* et nationalité de la société est nécessaire. Les problèmes de nationalité et de loi applicable sont de nature différente : la *lex societatis* doit être « *directement désignée par le siège social pris comme facteur de rattachement* »⁹⁰⁹. En revanche, la recherche du contrôle économique indiquerait quelle est la véritable nationalité de la société. *Lex societatis* et nationalité de chaque filiale du groupe pourraient très bien ne pas coïncider. La thèse de M. Béguin, se fondant sur le critère du contrôle économique pour déterminer la nationalité des sociétés, ne pourrait pas être appliquée de façon systématique. Il ne semble pas opportun de généraliser le recours au critère du contrôle dans la mesure où celui-ci concerne spécialement la jouissance des droits : la question qu'il pose est toujours de savoir si une société peut bénéficier des mêmes droits qu'une société française. Le recours à une combinaison du centre de décision et du contrôle économique étranger peut s'analyser comme une loi de police et de sûreté dans la mesure où il s'agit ponctuellement de refuser le bénéfice de la nationalité à une filiale en raison de son véritable rattachement à l'Etat de la société mère. Retenir la nationalité de la société mère et l'attribuer à toutes ses filiales permettrait de mettre fin à la distorsion entre l'autonomie juridique et la dépendance économique qui caractérise tous les groupes de sociétés⁹¹⁰. Ainsi, une filiale d'un groupe international de sociétés possédant son siège réel dans un pays en voie de développement ne pourrait pas revendiquer le bénéfice des droits réservés aux sociétés de droit local si elle ne participe pas au développement local.

En droit international et dans la plupart des législations nationales, il n'existe pas de réglementation spécifique aux groupes internationaux de sociétés. Le droit français ne déroge pas à la règle et ne reconnaît les groupes de sociétés que de façon très limitée et parcellaire.

⁹⁰⁹ J. Béguin, art. précité. L'auteur énonce que l'on doit conserver le concept de nationalité des sociétés mais avec un rattachement économique comme le fait depuis longtemps le législateur dans les domaines sensibles et stratégiques de l'économie. Pour une position similaire s'agissant de la distinction entre *lex societatis* et nationalité des sociétés : v. not. M. Menjucq, *op. cit.* ; H. Synvet, thèse précité ; J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque et S. Corneloup, *op. cit.* ; B. Audit, *op. cit.* ; S. Clavel, *op. cit.* En revanche, la doctrine moderne n'adhère pas à la thèse de M. Béguin s'agissant de la détermination des sociétés en se fondant systématiquement sur le critère du contrôle économique. Il s'agit tout au plus d'un indice se combinant nécessairement au critère du siège social.

⁹¹⁰ D. Pohé, thèse préc.

§ 2. La position du législateur français à l'égard du groupe international de sociétés.

314. Le droit français ne reconnaît pas l'existence des groupes internationaux de sociétés (A). Il en est de même de la jurisprudence qui rejette explicitement cette notion (B).

A/ Les réponses fragmentaires du droit positif français aux problèmes posés par les groupes de sociétés.

315. Dès lors que le législateur fait référence à l'unité du groupe, celui-ci définit le contrôle que la société mère exerce sur la société dominée ou filiale⁹¹¹. Ce caractère complexe du critère du contrôle empêche son application systématique en matière de groupes de sociétés, une application *in concreto* étant plus apte à appréhender la nature exacte du contrôle qui ne s'applique qu'en matière de jouissance de droits. En outre, le groupe n'est pas perçu de manière homogène par les différentes branches du droit : une définition différente est retenue, « *ce qui contribue à créer une certaine confusion* »⁹¹². Les définitions divergentes adoptées par le législateur en matière de groupes de sociétés et de contrôle ne sont que des « *notions à caractère fonctionnel* »⁹¹³ qui ne remettent pas en cause l'indépendance juridique des sociétés dominées ou filiales. Les règles disparates du droit français en matière de groupes de sociétés mêlant les aspects économique et juridique créent un flou autour de la notion et de ses contours⁹¹⁴. Le droit français n'aborde pas les contours juridiques du groupe de sociétés étant donné que celui-ci n'est pas une unité juridique dotée de la personnalité morale.

316. L'approche juridique du groupe de sociétés n'est pas aisée dans la mesure où la nature de la relation entre la société mère et ses filiales ou sociétés dominées n'est pas toujours clairement identifiable. Un lien purement relationnel comme un contrat peut induire un

⁹¹¹ A. Catel Duet, « Etre ou ne pas être : le groupe comme firme unifiée ou comme ensemble de sociétés ? Une approche sociologique », art. précité.

⁹¹² *Ibid.*

⁹¹³ C. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, op. cit.

⁹¹⁴ A. Catel Duet, « Etre ou ne pas être : le groupe comme firme unifiée ou comme ensemble de sociétés ? Une approche sociologique », art. précité.

contrôle certain mais n'est pas facilement décelable. « *Si le droit ne confère pas de personnalité juridique au groupe et si les liaisons financières se fondent sur une identité jamais démontrée, seule une approche sociologique peut nous sortir de l'impasse* »⁹¹⁵. Or, une telle approche fondée sur le sentiment d'appartenance à une économie nationale ne semble pas applicable en matière juridique puisqu'il s'agit nécessairement d'un élément subjectif, aléatoire et trop peu prévisible pour les juristes mais également pour les tiers ou les associés d'une société filialisée ou dominée. L'approche sociologique tout comme l'application d'un critère économique ne peuvent pas déterminer la *lex societatis* des sociétés appartenant à un même groupe. Tout au plus, ces critères sont des indices permettant de rechercher la nationalité des sociétés du groupe dans des cas particuliers.

317. Dans le cas de figure du droit français, des dispositions éparées reconnaissent néanmoins la notion de groupe ou « *d'unité économique et/ou sociale* »⁹¹⁶. Ainsi, le droit du travail reconnaît les comités de groupes qui sont l'équivalent des comités d'entreprises⁹¹⁷. Le droit fiscal admet également que le groupe de sociétés puisse être appréhendé dans sa globalité puisque l'imposition peut être demandée non pas au niveau de chaque société mais au niveau de la société mère. Il s'agit de l'intégration fiscale⁹¹⁸. En outre, dans le cadre de la

⁹¹⁵ *Ibid.*

⁹¹⁶ J. Paillusseau, « La notion de groupe de sociétés et entreprises en droit des activités économiques », *D.* 2003, chron., p. 2346. Le professeur Paillusseau est l'un des auteurs à l'origine de la distinction entre société et entreprise. D'après cet auteur, « *l'entreprise et la société sont deux choses fondamentalement distinctes. La première est une organisation économique et humaine. Elle n'est pas une notion juridique mais une notion économique et sociale, la seconde étant une notion juridique au service de la première, permettant de faire accéder l'entreprise à la vie juridique et permettant également de l'organiser* ». Du même auteur, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP E* 1984, II, n°14193 ; *JCP* 1984, I, n° 3148 ; *JCP N*, 1985, I, p. 263.

⁹¹⁷ Art. L. 2331-1 et s. du Code du travail. En droit français, la représentation des salariés au sein des groupes de sociétés se fait à travers une institution spécifique : le comité de groupe. Son équivalent dans les groupes de dimension européenne est le comité d'entreprise européen dont l'objet est « *de garantir le droit à l'information et à la consultation à l'échelon européen* » (art. L. 2341-4 du Code du travail). Un comité de groupe doit être institué au sein d'un groupe formé par une société appelée société dominante et les sociétés qu'elle contrôle, ou sur lesquelles elle exerce une influence dominante. Un critère de territorialité conditionne également la mise en place du comité de groupe : la société mère doit obligatoirement posséder son siège social sur le sol français (art. L. 2331-1, I du Code du travail), dans le cas contraire le groupe n'est pas tenu de mettre en place un comité de groupe. Toutefois, si la société mère possède son siège social sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne, celle-ci doit constituer un comité d'entreprise européen.

⁹¹⁸ Un système d'intégration fiscale est applicable sur simple demande de la société mère aux sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés : art. 223 à 223 U du CGI. En vertu de ce système, une société française tête de groupe peut former, avec ses filiales françaises à 95 %, un ensemble dont la base d'imposition à l'impôt sur les sociétés,

lutte contre l'évasion fiscale par le biais de l'optimisation des lois fiscales étrangères, le législateur français a mis en place certains mécanismes juridiques prenant en considération les résultats réels des sociétés membres du groupe. L'exemple le plus marquant est celui du régime de la consolidation fiscale⁹¹⁹ qui soumet les entreprises résidentes françaises, passibles de l'impôt sur les sociétés à l'imposition en France pour les bénéfices ou les revenus dégagés par une société étrangère soumise, à un régime fiscal privilégié exploitée par l'entreprise française ou dans laquelle elle détient directement ou indirectement plus de 50 % des actions, parts, droits financiers ou droits de vote. Les grands groupes internationaux peuvent aussi demander à profiter d'un régime de bénéfice consolidé au niveau mondial. Toutefois, en pratique, la stratégie des groupes n'est pas d'établir un régime du bénéfice mondial ou du bénéfice consolidé puisque l'objet d'un groupe est justement de tirer profit des législations fiscales des sociétés filialisées. Le principe est que chaque société membre du groupe est résidente fiscale de l'Etat où se situe son siège social. Par exception, le groupe peut demander à être traité de façon unitaire surtout si la situation financière de certaines de ses filiales n'est pas florissante. Cela permet à la société mère de compenser les pertes de ses filiales par les résultats positifs d'autres filiales. De même, les notions d'« *unité économique et sociale* » et d'« *entité économique autonome* » font le rapprochement avec la notion de groupe de sociétés s'agissant du maintien des contrats de travail en cas de transfert de propriété et de droit commercial en matière de faillite d'une société membre d'un groupe⁹²⁰.

En dehors de ces rares dispositions appréhendant le groupe de sociétés de façon unitaire, la jurisprudence française n'admet pas l'unité juridique du groupe de sociétés.

au nom de la société tête de groupe, est représentée par la somme des bénéfices réalisés et des pertes subies par chacune des sociétés composant le groupe.

⁹¹⁹ Art. 209 B du Code général des impôts issu de la loi de finances pour 2005. Cet article a vu son domaine d'application précisé par le décret n° 2006-1309 du 25 octobre 2006 et une instruction fiscale du 16 janvier 2007 (BOI 4 H-1-07). Obligation est faite à certains groupes d'établir de façon annuelle des comptes consolidés en vue d'informer les sociétés du groupe sur la gestion globale. Cette obligation s'impose aux sociétés commerciales dès lors qu'elles contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres sociétés ou qu'elles exercent une forte influence sur celles-ci (art. L. 233-16 C. com.).

⁹²⁰ CJCE, 18 mars 1986, « *Spijkers* », aff. 24/85, *Rec. CJCE*, p. 1119 ; Cass. ass. plé., 16 mars 1990, *Bull. Cass.* n° 16, *D.* 1990, p. 305, note A. Lyon-Caen.

B/ Le rejet explicite de la nationalité du groupe de sociétés par la jurisprudence française.

318. Les groupes de sociétés, de part leur structure et leur fonctionnement, doivent être analysés de façon plurielle puisque le contrôle de la société et la localisation d'un centre de décision ne sont pas toujours clairement identifiables. L'organisation structurelle du groupe de sociétés va donc être plus ou moins identifiable⁹²¹. Le premier groupement reconnu par le législateur français est le groupement d'intérêt économique (GIE)⁹²² qui dispose de la personnalité morale. Ce type de groupement réglementé a servi de modèle au droit de l'UE qui a institué des personnes morales dont l'objectif est de permettre une meilleure concentration et une coopération accrue des sociétés issues des Etats membres de l'Union européenne⁹²³. La SE peut être considérée comme un prélude à la reconnaissance des groupes de sociétés dans le cadre de l'Union européenne puisque les SE créées sont en réalité des sociétés appartenant au même groupe de sociétés, cette opération n'est pas anodine et révèle un contrôle de l'une des sociétés participant à la création d'une société européenne.

319. Dans un arrêt du 2 avril 1996⁹²⁴, la chambre commerciale de la Cour de cassation affirme qu'il ne peut être ouvert de compte courant au nom d'un groupe, dès lors qu'il est dépourvu de la personnalité morale et de la capacité de contracter. Le groupe n'est pas un

⁹²¹ En ce sens, H. Synvet, thèse précitée, p. 3 ; C. Hannoun, thèse précitée, p. 261 ; B. Goldman, *Droit du commerce international*, Les cours de droit, Paris, 1972-1973, p. 102 et s. ; B. Oppetit et A. Sayag, « Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés », *Rev. soc.* 1973, p. 577.

⁹²² L'ordonnance du 23 septembre 1967 relative au GIE précise que « deux ou plusieurs personnes physiques ou morales peuvent constituer entre elles un groupement d'intérêt économique pour une durée déterminée. Le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité ; il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même. Son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci ». Le GIE est un contrat qui doit avoir un objet économique licite. Cet objet peut être déterminé très librement. Son objet est de permettre à plusieurs entreprises de mettre un ensemble de moyens humains, financiers ou matériels en commun pour la réalisation d'un objectif. La personnalité morale et l'indépendance de chaque société du groupe sont conservées.

⁹²³ Le GIE a largement servi de modèle au législateur européen pour l'adoption du régime juridique du GEIE (règlement CEE n° 2137/85 du 25 juillet 1985 relatif à l'institution du groupement européen d'intérêt économique, *JOCE* n° L 199, 31 juillet 1985, p. 1). Vint par la suite le règlement relatif à la SE du 8 octobre 2001 (*JOCE* 2001 L 294 et *JOUE* 2003 L 302), complété par la directive du 8 octobre 2001 relative à l'implication des travailleurs (*JOCE* 2001 L 294).

⁹²⁴ Cass. com., 2 avril 1996, *Bull. IV* n° 104 p. 89.

sujet de droit, c'est la définition économique qui prime. Par conséquent, les sociétés qui font partie d'un groupe sont des personnes morales juridiquement distinctes. La jurisprudence a toujours refusé que les filiales d'un groupe international de sociétés soient rattachées juridiquement à la société mère même si le véritable centre de décision se situe à l'étranger sur le territoire de l'Etat de constitution ou d'immatriculation de la société mère. Il s'agit d'une jurisprudence reposant essentiellement sur la stabilité du critère de détermination de la loi applicable aux sociétés qui n'est autre que le siège statutaire. En outre, la prise en compte du siège statutaire de la filiale va permettre de donner une continuité et une stabilité juridique dans les droits des tiers et des associés. Un arrêt du 22 mai 1965⁹²⁵ mis en évidence le décalage réel entre le rattachement juridique d'une filiale et sa dépendance en matière de stratégie commerciale et économique. En l'espèce, la société mère basée aux Etats-Unis donna l'ordre à sa filiale française de rompre un contrat important avec la Chine en raison de l'embargo décrété par les Etats-Unis contre cet Etat. Néanmoins, une solution acceptable a été trouvée. Les administrateurs nommés par la minorité au sein de la filiale française ont obtenu du Tribunal de commerce de Corbeil-Essonnes que soit désigné un administrateur provisoire le temps d'exécuter le contrat. La Cour d'appel a confirmé le jugement en invoquant l'intérêt supérieur de la société par rapport à celui des actionnaires, en précisant que la survie même de la filiale française, employeur de quelque 600 personnes, était menacée en cas d'inexécution du contrat. La prise en compte du véritable centre de décision de la société aurait fait dépendre la filiale française de la loi américaine qui revendiquait son application extraterritoriale. Par conséquent, les juges doivent tenir compte du siège statutaire et de l'intérêt social de la filiale pour déterminer d'une part, sa nationalité et d'autre part, la *lex societatis*.

⁹²⁵ C.A. Paris, 14^{ème} ch., 22 mai 1965, « *Société Freuhauf Corporation c/ Massardy et autres* », *JCP* 1965.II.14274 bis, concl. Nepveu ; R. Contin, « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés », *D.* 1968, chron., p. 45. Dans le même sens : CE, 22 février 1960, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 335. En l'espèce, les juges refusèrent à une société française contrôlée par des Espagnols de se prévaloir d'un avantage fiscal accordé aux ressortissants Espagnols par un traité de 1862. V. également CE, 16 octobre 1992, *JCP* 1992. IV. 3017, à propos d'une filiale détenue à 95 % par une société belge reconnue comme une société française et qui réclamait le bénéfice d'un traité franco-guinéen en raison de l'existence de son siège social en France.

320. Le droit des sociétés repose sur une fiction selon laquelle chaque société est indépendante d'un point de vue économique. Or, en pratique, une société peut contrôler plusieurs autres sociétés par le biais de liens financiers, juridiques ou personnels. C'est pourquoi de rares législations ont entrepris de réglementer l'activité des groupes de sociétés⁹²⁶.

Section II : Le groupe de sociétés en droit comparé.

321. Dans l'exercice de leurs activités, les groupes internationaux de sociétés peuvent facilement porter atteinte aux droits des tiers ou des associés minoritaires, mais également au droit de la concurrence.

Nous verrons tout d'abord comment s'articule la loi allemande relative aux groupes de sociétés (§ 1), puis nous exposerons la solution retenue par le droit anglais⁹²⁷ qui n'est pas si éloignée du droit français puisque les dispositions relatives aux groupes de sociétés sont ciblées et concernent avant tout la protection des droits des tiers ou des petits actionnaires ou investisseurs (§ 2).

⁹²⁶ C'est le cas du droit allemand avec la loi du 6 septembre 1965 réglementant les sociétés par actions (*verbundene Unternehmen*), et plus spécifiquement les groupes de sociétés (*Aktiengesetz* ou *AktG*). Cette loi, très détaillée, contient plus de 400 paragraphes dont certains sont relativement longs. Toutes les dispositions de cette loi sont impératives, la liberté statutaire n'existe pratiquement pas en droit allemand des sociétés. Deux conditions doivent être remplies pour que cette loi s'applique aux groupes de sociétés : tout d'abord, au moins l'une des sociétés doit être une société par actions ou une société en commandite par actions ; ensuite, cette société par actions doit être liée à une autre société.

⁹²⁷ La loi anglaise sur les sociétés (*Companies Act* du 8 novembre 2006, loi n° 2006 c. 46) se compose de 1300 articles et 16 annexes. Elle donne une définition de la filiale et dégage les conséquences devant résulter de cette situation en posant une série de règles destinées à protéger les actionnaires au moment de la constitution du groupe et pendant son fonctionnement. Selon la loi anglaise, une société est filiale d'une autre société :

a) lorsque cette dernière en est actionnaire et contrôle la composition de son conseil d'administration, c'est-à-dire qu'elle peut nommer ou révoquer à elle seule la majorité des membres du conseil. Les deux conditions sont requises cumulativement, mais en ce qui concerne la seconde, il s'agit essentiellement d'un contrôle sur la nomination des directeurs et non pas sur l'exercice de leurs pouvoirs.

b) ou lorsque cette dernière détient plus de la moitié de l'*equity share capital*, c'est-à-dire de l'ensemble formé par les actions ordinaires, les actions privilégiées participant aux dividendes ou au surplus de liquidation et les parts de fondateurs (62).

c) enfin, est également filiale la filiale indirecte, c'est-à-dire celle qui est filiale d'une filiale. Sur ce point, v. K. Jestin, « la réforme du droit anglais des sociétés opérée par le *Companies Act* 2006 : analyse et perspectives », art. précité.

§ 1. La reconnaissance par le droit allemand du groupe de sociétés en tant que personne morale.

322. Le droit allemand a pris relativement tôt conscience de l'essor et des intérêts mis en jeu par le développement exponentiel des groupes de sociétés, qu'ils soient nationaux ou internationaux. Le législateur allemand établit une distinction entre les groupes de droit, ceux fondés sur un contrat et les groupes de fait dont les liens entre les sociétés membres du groupes ne sont pas clairement affichés et connus des tiers ou même des associés (A). Cependant, malgré le caractère quasi exhaustif de sa réglementation, celle-ci ne prend pas en considération tous les aspects que va revêtir le groupe de sociétés, en particulier s'il s'agit d'un groupe de fait (B).

A/ La distinction entre le groupe de droit et le groupe de fait : une incitation à créer des groupes de droit.

323. Le § 18 de la loi allemande *AktG*⁹²⁸ donne une définition du groupe (*Konzern*) : « *si une entreprise dominante et une ou plusieurs entreprises dépendantes sont réunies sous la direction unitaire de l'entreprise dominante, elles forment un groupe (Konzern) ; les différentes entreprises sont des entreprises du groupe (Konzernunternehmen). Les entreprises entre lesquelles existe un contrat de prise de contrôle (Beherrschungsvertrag, § 291) ou dont l'une est incorporée à l'autre (§ 315) doivent être considérées comme réunies sous une direction unique. Il est présumé qu'une entreprise dépendante forme un groupe avec l'entreprise dominante* ». L'alinéa 2 ajoute qu'en dépit de l'absence d'un lien de domination entre les sociétés, un groupe existe dès que celles-ci sont réunies sous une direction unitaire. À la lecture de cet article, on constate que le droit allemand reconnaît les groupes verticaux et horizontaux : le groupe vertical (§ 19, al. 1^{er} *AktG*) se caractérise par une domination de la société mère sur d'autres sociétés juridiquement indépendantes ; le groupe horizontal (§ 18, al. 2 *AktG*) se caractérise par une indépendance juridique des sociétés le composant mais ces

⁹²⁸ Loi allemande du 6 septembre 1965 sur les sociétés par actions, modifiée par la loi du 28 octobre 1994.

dernières sont placées sous une direction unique.

Le droit allemand fait également la distinction entre les groupes de droit (1) fondés sur un contrat⁹²⁹ et les groupes de fait (2).

1. La nature contractuelle ou unilatérale du groupe de sociétés de droit.

324. Dans la théorie allemande, le groupe de droit reflète une organisation institutionnelle où le contrôle va résulter d'un contrat avec les sociétés dominées ou des sociétés partenaires pour la réalisation d'un objectif économique commun. Le groupe de sociétés, résultant de la domination exercée par la société tête de groupe ou société mère, peut également découler d'une décision d'intégration. Ces relations contractuelles ou la prise de participation dans une société cible doivent faire l'objet de mesures de publicité, elles permettent ainsi de donner une transparence au groupe⁹³⁰. Les principaux contrats visés par la loi du 6 septembre 1965 sur les sociétés par actions sont le contrat de domination (*Beherrschungsvertrag*) et le contrat de transfert de bénéfices (*Gewinnabführungsvertrag*)⁹³¹. Ces contrats dérogent aux principes du droit commun des sociétés dans la mesure où les dirigeants d'une société doivent œuvrer pour l'intérêt exclusif de leurs sociétés. C'est pour cette raison que le législateur allemand décida de réglementer les conséquences juridiques de ce type d'accords pour permettre une protection adéquate des droits des actionnaires minoritaires mais aussi des tiers. Il est impératif que les accords contractuels ou les prises de contrôle de sociétés cibles respectent certaines dispositions impératives tenant à la conclusion des contrats passés et à la protection du patrimoine des sociétés dominées⁹³². Pour ce qui est des décisions d'intégration⁹³³, celles-ci

⁹²⁹ Le groupe fondé sur un contrat (*vertraglicher Konzern*) suppose la conclusion d'un contrat de prise de contrôle. Par ce contrat, l'entreprise dominante va pouvoir donner des instructions (*Weisungsrecht*) à la société qu'elle contrôle (§ 308, al. 1^{er} *AktG*).

⁹³⁰ M. Fromont, *Droit allemand des affaires*, coll. Domat droit privé, Montchrestien, Paris, 2001, 335 p., v. spéc. n° 467, p. 237.

⁹³¹ § 291 *AktG*. Dans ces deux hypothèses, l'administration fiscale va traiter les sociétés comme ne formant qu'une seule unité économique.

⁹³² § 294 *AktG* : la conclusion du contrat doit être autorisée par l'assemblée générale à une majorité représentant les trois quart du capital ; §§ 293 *b* à 293 *e AktG* : le contrat doit faire l'objet d'une expertise indépendante qui

doivent être prises par l'assemblée générale de la société dominante à la majorité qualifiée des trois quarts du capital et faire l'objet d'une inscription au registre du commerce.

2. Le groupe de fait ou l'absence de liens affichés.

325. Le groupe de fait est nettement plus délicat à déceler. Il existe des types de contrats qui vont placer certaines sociétés dans une totale dépendance à l'image des contrats exclusifs d'approvisionnement ou de sous-traitance. Le législateur allemand a incité les sociétés à constituer des groupes de façon à assurer une plus grande transparence sur leurs relations économiques⁹³⁴. Conscient des difficultés pour appréhender tous les groupes de sociétés, le droit allemand régit également les groupes de fait, autrement dit ceux dans lesquels les liens sont purement financiers, ce qui est le cas en droit français⁹³⁵. Les obligations que

doit être communiquée à l'assemblée générale avant sa réunion ; § 294 *AktG* : le contrat doit faire l'objet d'une inscription au registre du commerce, cette formalité a un effet constitutif du groupe. S'agissant de la protection du patrimoine de la société dominée, lors de la signature du contrat de domination, le § 309 *AktG* prévoit que les dirigeants de la société dominée peuvent être solidairement et personnellement responsables du préjudice subi par leur société. La loi allemande impose également des plafonds relatifs aux montants des réserves obligatoires et des bénéfices pouvant être transférés à la société mère (§§ 300 et 301 *AktG*). En outre, la société dominante doit obligatoirement compenser les pertes subies par la société dominée qui sont dues à son fait, de même qu'elle doit accorder des garanties de paiement aux créanciers de la société dominée à la fin du contrat de domination (§§ 302 et 303 *AktG*). La loi de 1965 protège également les actionnaires minoritaires (§§ 304 et 305 *AktG*) : en cas de pertes de la société dominée, la société dominante doit apporter des compensations financières, de même qu'elle doit indemniser un actionnaire qui souhaiterait quitter la société dominée.

⁹³³ §§ 319 à 327 *AktG*. Dans le cas d'une filiale détenue à 95 %, les actionnaires minoritaires peuvent être exclus mais leur indemnisation doit être égale à la valeur réelle des actions transférées (§§ 320 a et 320 b *AktG*).

⁹³⁴ M. Fromont, *Droit allemand des affaires*, op. cit., v. spéc. p. 236 et s., n° 465 et s.

⁹³⁵ *Ibid.* V. également M. Germain, *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, thèse Nancy, 1974 ; D. Hopt, « Le droit des groupes de sociétés : expériences allemandes, perspectives européennes », *Rev. soc.* 1987, p. 373.

doivent respecter les groupes de fait concernant la publicité des franchissements de seuils de participation⁹³⁶ et les participations croisées⁹³⁷. En outre, certaines règles concernent plus spécialement les sociétés dominantes⁹³⁸.

B/ Les limites de la législation allemande résultant de la structure et de l'organisation du groupe de sociétés.

326. Le législateur allemand s'est contenté de renforcer le principe classique du droit commercial selon lequel une société ne peut être gérée que dans son intérêt exclusif. Pour vérifier l'application de ce principe, la loi allemande du 6 septembre 1965 impose aux sociétés dominées d'établir un rapport spécial sur les opérations conclues avec d'autres sociétés du groupe, ce rapport doit être vérifié par les contrôleurs de la société. Cette contrainte juridique avait pour objectif d'inciter les groupes de sociétés de fait à éviter la rédaction de ce rapport et à se soumettre au droit allemand des groupes de sociétés de droit. Cependant, la plupart des groupes de sociétés allemands sont restés des groupes de fait puisque le rapport indiquant les modalités de la dépendance n'était qu'une simple formalité administrative. La solution du droit allemand ne peut être viable que si le législateur met en place des mesures dissuasives pour encourager les groupes de sociétés à se soumettre

⁹³⁶ Dès lors qu'une société détient au moins 25 % des actions d'une société par actions, elle doit le notifier par écrit à cette société et publier une annonce dans des journaux d'annonces légales relatifs aux sociétés. La même règle s'impose à une société par actions qui détiendrait plus de 25 % des actions d'une société de capitaux ou plus de 50 % des actions d'une autre société. Cf. §§ 20 à 22 *AktG*.

⁹³⁷ Le § 19 *AktG* dispose que « *les entreprises ayant des participations réciproques (gegenseitig beteiligte Unternehmen) sont des sociétés de capitaux qui sont liées entre elles de telle façon que chacune d'elles détient des actions représentant plus du quart du capital de l'autre* ». Le seuil critique est de 50 % du capital détenu dans la société ciblée par la prise de participation. Dans l'hypothèse où les deux sociétés ont des participations majoritaires dans le capital de l'autre société, alors chacune des deux sociétés est traitée comme société dominante et société dominée. Pour les participations de 25 à 50 % du capital de l'autre société, le § 328 *AktG* impose des conditions tenant au droit de vote.

⁹³⁸ Un dirigeant de la société dominante ne peut pas également siéger au conseil de surveillance de la société par actions dominée : § 100 *AktG*. De même, un actionnaire de la société dominée ne peut pas se voir imposer un vote conformément aux instructions de la société mère : § 136 *AktG*. En outre, la société dominante a des obligations en matière financière puisqu'elle doit supporter les pertes subies par la société dominée (§ 311 *AktG*). Toutefois, comme le relève M. Fromont (*Droit allemand des affaires, op. cit.*, n° 475), cette obligation souffre des lacunes de la loi en matière d'information des actionnaires puisque celle-ci n'est qu'indirecte. Le dernier point important est la mise en cause possible de la responsabilité de la société dominante en cas de préjudice sans juste compensation de la société mais aussi des actionnaires : § 311, al. 2 *AktG*.

volontairement au droit des groupes⁹³⁹.

§ 2. La position du droit anglais.

327. D'inspiration très libérale, le droit anglais n'en demeure pas moins un droit à la recherche de la fraude essentiellement en matière fiscale, domaine où les juges anglais appliquent volontiers le critère du contrôle pour déterminer le véritable rattachement juridique de la société. Les législations modernes s'entendent sur le fait que « *l'autonomie de la personne morale est un principe devenu inadapté à la réalité économique en pleine évolution (...) et qui ne saurait être tenu pour absolu* »⁹⁴⁰. Le droit anglais, contrairement au droit allemand, ne dispose pas d'une réglementation spécifique aux groupes de sociétés. De la même façon que le droit français, il se contente de règles éparses en matière fiscale et pour protéger les droits des associés minoritaires et des tiers. Il arrive très fréquemment qu'il existe un décalage entre le juridique et l'économique, c'est pourquoi il peut être nécessaire de lever le voile social comme le préconise certains auteurs⁹⁴¹.

328. Certaines dispositions ont ainsi pour objet de réglementer l'acquisition du contrôle. La loi anglaise sur les sociétés (*Companies Act*) de 2006 interdit à une filiale de devenir actionnaire de sa société mère et annule tout transfert d'actions de la société mère à la filiale. La loi de 2006 interdit également à une société « *que ce soit directement ou indirectement, au*

⁹³⁹ Actuellement, les groupes de fait ne sont pas soumis à une réglementation très contraignante puisqu'il existe seulement des règles imposant une obligation de publicité des franchissements de seuils de participation et des règles relatives aux sociétés dominantes et aux participations croisées. L'adoption de règles fiscales serait un moyen efficace pour contrôler l'activité des groupes de sociétés et éviter que la société mère n'abuse du rattachement juridique de ses filiales pour contourner les dispositions impératives de la loi allemande. Sur ce point précis, le droit français lutte contre la fraude fiscale des groupes de sociétés au moyen de la consolidation. Obligation est faite à certains groupes d'établir de façon annuelle des comptes consolidés en vue d'informer les sociétés du groupe sur la gestion globale (art. 209 B du CGI).

⁹⁴⁰ C. Mondage, « La transparence de la personnalité morale dans le droit anglais des sociétés anonymes », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 32, n° 3, juillet-septembre 1980, pp. 573-600, v. spéc. p. 584.

⁹⁴¹ *Ibid.* Cet auteur remarque à juste titre qu'il peut être opportun dans certaines situations d'appliquer un critère économique pour lever le voile social sur certaines réalités économiques comme pour les groupes de sociétés. Dans le même sens, J. Béguin, « La nationalité des sociétés devrait correspondre à leur réalité économique », art. précité ; D. Pohé, thèse préc.

moyen d'un prêt, de la dation d'une sûreté personnelle ou réelle, d'apporter une assistance financière quelconque en vue d'achats ou de souscriptions d'actions de la société ou de sa société mère ou en rapport avec de tels achats ». Il s'agit d'éviter que des actionnaires en position de contrôle dans une société n'utilisent des fonds sociaux pour procéder à l'achat de nouvelles actions leur permettant d'étendre encore leur contrôle sur la même société ou sur une société du groupe.

329. Le législateur anglais a adopté toute une série de dispositions relatives à l'information des associés, en particulier ceux des sociétés contrôlées. Le chapitre 15 de la *Companies Act* a introduit un certain nombre de dispositions supplémentaires relatives à la gestion financière des sociétés. Ces dispositions imposent ainsi aux administrateurs de sociétés anglaises une obligation générale de n'approuver les comptes que si ceux-ci reflètent de façon exacte et juste la situation financière de la société, incluant, dans le cas de comptes consolidés, la situation financière de filiales du groupe. Dans le cas des *limited* comme des *public companies*, le délai accordé pour déposer les comptes suivant la fin de l'exercice fiscal est désormais réduit d'un mois, pour prendre en compte l'utilisation croissante des nouvelles technologies dans l'accomplissement de cette formalité. La *Companies Act* de 2006 impose aux sociétés mères de présenter en plus de leurs propres comptes, des comptes de groupe faisant état de la situation des profits et des pertes de la société et de ses filiales, afin que les actionnaires disposent d'autant d'informations que si le groupe n'avait constitué qu'une seule et même entreprise. Cette présentation doit être faite, si possible, sous la forme consolidée. En outre, les sociétés peuvent être dispensées de présenter des comptes de groupe dans certaines situations, mais elles sont toujours tenues d'adjoindre à leurs bilans un certain nombre de renseignements. Dans cette optique, la société mère doit indiquer pour toutes ses filiales : son nom, le pays de sa constitution, la nature et la proportion de ses actions émises détenues par la société mère. La filiale doit aussi fournir des renseignements concernant sa situation économique et juridique vis-à-vis de la société mère⁹⁴². Cependant, malgré la richesse de ces dispositions, la protection des tiers et des associés minoritaires est dépendante des échanges

⁹⁴² Art. 5 de la loi de 1967. La filiale doit indiquer quelle est la société qui la contrôle et son Etat de constitution. Elle doit aussi communiquer sur sa situation financière : si elle possède des dettes à l'égard de la société mère ou de créanciers, ainsi que le nombre d'actions qu'elle détient.

d'information entre la société mère et les sociétés filialisées ou dominées.

330. Le domaine fiscal fait également l'objet de dispositions touchant les groupes de sociétés mais là encore il n'est pas question de porter atteinte à l'autonomie juridique des sociétés membres du groupe. Il existe donc, comme pour les lois française ou allemande, des dispositions condamnant certaines pratiques des groupes de sociétés tendant à contourner la loi fiscale par fraude⁹⁴³. La loi anglaise de 1970⁹⁴⁴ sur l'imposition des sociétés a mis en place un régime spécial qui permet aux filiales d'un groupe d'éviter une double imposition sur les bénéfices dans leur pays d'implantation et dans l'Etat de la société mère. Le législateur anglais permet également à un groupe de compenser les pertes de l'une de ses sociétés par les profits d'une autre société⁹⁴⁵. La loi anglaise lutte aussi contre la fraude fiscale ou *treaty law* de la même façon que le législateur français s'agissant de la tentation de la société mère de voir les bénéfices réalisés par ses filiales moins taxés⁹⁴⁶.

331. S'appuyant sur la théorie du mandat, les juges anglais ont parfois éluder la personnalité morale des filiales pour atteindre directement la société mère pour l'imposition des bénéfices réalisés par les filiales. En l'occurrence, la transparence de la personnalité morale des filiales a joué pour le fisc anglais⁹⁴⁷. Néanmoins, le voile social n'est pas toujours levé puisque le juge anglais se détermine eu égard au critère du contrôle économique mais également à la gestion active de la société mère dans les activités de ses filiales⁹⁴⁸. La jurisprudence se détermina par un faisceau d'indices qui tient compte non seulement du seuil de contrôle mais aussi d'une série de critères secondaires renseignant les juges sur la nature exacte de la relation filiale/société mère. Le degré d'indépendance ou de dépendance de la

⁹⁴³ C. Mondage, art. précité, p. 589.

⁹⁴⁴ Art. 256, *Income & Corporation Taxes Act 1970* (c. 10). Cet article a été remplacé par le *Finance Act* de 1972, article 92, (I) et Sched 15, modifiée le 4 juin 1992 (*repealed* 6.4.1992).

⁹⁴⁵ Art. 258, *Income & Corporation Taxes Act 1970* (c. 10). Il s'agit là du régime de *group relief* qui évite que des sociétés soient incitées à confier l'exploitation de secteurs d'activités à des établissements sans personnalité morale où l'imputabilité des pertes d'une entité sur les profits d'une autre est automatique.

⁹⁴⁶ Le législateur anglais utilise une technique proche de la consolidation prévue à l'article 209 du CGI. Le but est d'éviter le transfert des bénéfices par des filiales établies dans des Etats où l'imposition sur les sociétés est très avantageuse comme peuvent l'être les paradis fiscaux. Cf. Art. 485, *Income & Corporation Taxes Act 1970*, modifiée en 1972 puis en 1992.

⁹⁴⁷ C. Mondage, art. précité.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, pp. 590-591, notes de bas de page n° 87 à 90.

filiale dans sa gestion est aussi pris en compte. Délaissant la notion de mandat pour lever le voile social et atteindre la société mère, le juge anglais adopte la théorie de l'unité économique du groupe de sociétés. Cette théorie a pour objet de protéger les actionnaires minoritaires⁹⁴⁹.

Parallèlement à la volonté des Etats d'encadrer plus ou moins strictement l'activité des groupes internationaux de sociétés, le droit de l'UE a tenté d'élaborer une réglementation relative à l'activité des groupes de sociétés dans le cadre de l'Union européenne.

Section III : L'approche du droit de l'UE : le rejet de l'existence juridique du groupe de sociétés.

332. Malgré un avant-projet de 9^{ème} directive sur les groupes de sociétés, les travaux entrepris en la matière se sont révélés infructueux (§ 1). Cependant, tout espoir d'aboutir à une réglementation des groupes de sociétés n'est pas perdu puisque l'exemple de la société européenne⁹⁵⁰ pourrait parfaitement servir de modèle à l'édification d'un tel droit (§ 2).

§ 1. L'état du droit de l'UE en matière de groupes de sociétés.

333. Le droit de l'UE ne dispose pas d'une réglementation spécifique du droit des groupes de sociétés (A). Toutefois, le droit positif de l'UE en la matière se développe avec l'adoption de principes rappelant l'approche parcellaire et fragmentée en matière de groupes de sociétés de la plupart des Etats membres (B).

⁹⁴⁹ *Scottish Cooperative Wholesale Society Ltd. v. Meyer* [1959] AC 324. Dans cette décision, les actionnaires intentèrent une action contre le dirigeant de la société mère en raison d'une stratégie commerciale contraire à leurs intérêts. Dans le même sens, une décision de 1976 leva le voile social pour des raisons d'équité : *DHN Food Distributors Ltd v. Tower Hamlets London Borough Council*, [1976] 3 AU ER 462.

⁹⁵⁰ Malgré son régime juridique imparfait et fortement teinté du droit national de l'Etat membre où la future société européenne implante son siège social, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là d'un exemple concret et réussi de l'optimisation de la coopération et de la concentration des sociétés au niveau de l'UE. En effet, la SE n'est autre qu'un groupe de sociétés dont le statut est réglementé.

A/ L'avant-projet de 9^{ème} directive sur les groupes de sociétés.

334. Le droit romano-germanique a tenté d'imposer ses concepts juridiques ou du moins de faire en sorte que ses principes ne puissent être détournés par des sociétés allemandes profitant des législations plus souples des autres Etats membres. Le rapport du professeur Sanders remis à la Commission européenne en 1967 s'inspire considérablement du droit allemand et de sa loi sur les sociétés par actions de 1965⁹⁵¹, de même que la publication d'un avant-projet de règlement sur les sociétés transformé par la suite, mais sans succès, en avant-projet de directive⁹⁵². Cet avant-projet de directive visait à établir un cadre juridique permettant une gestion saine des groupes, tout en garantissant une protection adéquate des intérêts touchés par les opérations de groupe. De plus, la tentative de réglementer les groupes de sociétés se faisait d'autant plus pressante que seul le droit allemand disposait d'une législation spécifique aux groupes de sociétés. Toutefois, certains Etats membres s'opposèrent à la rigueur et au caractère trop abstrait des concepts du droit allemand en matière sociétaire. Par conséquent, la Commission opta pour une consultation des législations nationales des Etats membres de manière à recenser les réglementations existantes et l'état du droit positif concernant les groupes de sociétés⁹⁵³. Finalement, en 2002⁹⁵⁴, un groupe d'experts européens amené à formuler des recommandations en droit des sociétés pris position dans le sens d'un *statu quo*. Par conséquent, la Commission européenne suivie cet avis et décida de geler les

⁹⁵¹ Loi relative aux sociétés par actions (*aktiengesetz*) du 6 septembre 1965. Livre III consacré aux sociétés liées (*verbundeneunternehmen*), § 17.

⁹⁵² La commission européenne avait présenté un projet de neuvième directive sur les entreprises liées et les groupements de sociétés relatif à la conduite des groupes contenant une société anonyme comme filiale à titre consultatif, en décembre 1984, inspiré par l'AKTG allemand de 1965. Sur l'avant-projet de 9^{ème} directive sur les groupes de sociétés, v. R. Rodière, « Réflexions sur les avant-projets d'une directive de la Commission des Communautés Européennes concernant les groupes de sociétés », *D.* 1977, chron., p. 137. La première version d'avant-projet était trop directive et largement tributaire du droit allemand, d'où de très fortes oppositions au sein de l'Union qui ont conduits la Commission à élaborer un projet moins directif et plus axé sur l'harmonisation.

⁹⁵³ Au niveau de l'Union européenne, seuls deux Etats ont un droit spécifique aux groupes de sociétés : l'Allemagne et le Portugal.

⁹⁵⁴ Rapport Winter, « Un encadrement réglementaire moderne pour le droit des sociétés en Europe », 4 novembre 2002, remis à la Commission européenne. Le Groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés fut mandaté par le commissaire Bolkestein en septembre 2001 et présidé par M. Jaap Winter. Ce rapport traite en particulier du gouvernement d'entreprise dans l'UE et de la modernisation du droit des sociétés. D'après le groupe de travail, « il n'est pas souhaitable de promulguer au niveau communautaire un corpus législatif autonome qui couvrirait spécifiquement les groupes ». En outre, le groupe d'experts ajoute la recommandation suivante selon laquelle « aucune nouvelle tentative d'adoption de la neuvième directive "droit des sociétés" sur les relations de groupes ne doit être entreprise ».

travaux en la matière⁹⁵⁵.

En l'absence de règles spécifiques aux groupes de sociétés, le droit positif de l'UE a dû appréhender le problème mais de façon parcellaire et au cas par cas. Le juge de Luxembourg a ainsi pu dégager certains principes applicables aux groupes de sociétés.

B/ L'état du droit positif de l'UE en matière de groupes de sociétés.

335. D'après la Cour de justice, le critère de l'indépendance juridique des sociétés n'est pas un élément déterminant s'agissant de retenir l'existence d'un groupe de sociétés : « (...) souvent, la subordination économique n'est que le prolongement de la subordination juridique, ce qui interdit de considérer le subordonné comme une entreprise distincte »⁹⁵⁶. S'appuyant sur un critère purement économique prenant en compte le degré d'autonomie des filiales et une analyse concrète de la situation de la filiale par rapport à la société mère, la Cour de Luxembourg en déduit que le groupe constitue un ensemble unifié ou, au contraire, une pluralité de sociétés servant les mêmes objectifs⁹⁵⁷. En outre, en l'absence de répartition des tâches au sein d'un groupe, il peut néanmoins exister un lien de subordination entre les sociétés membres du groupe dès qu'il existe un contrôle effectif exercé par la société mère. Un indice de l'existence d'un groupe de sociétés œuvrant dans un intérêt unique serait l'absence de concurrence entre lesdites sociétés. Pour la Cour de justice, le critère principal à retenir est celui de l'autonomie effective d'action sur le marché qui peut être nettement limitée

⁹⁵⁵ Commission européenne, communication au Conseil et au Parlement européen, « Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne. Un plan pour avancer », 21 mai 2003, (COM/2003/284). La Commission suivie l'avis du groupe d'experts : « conformément à la recommandation formulée par le groupe de haut niveau, la Commission ne juge pas utile de "réactiver" le projet de neuvième directive sur les relations de groupe ».

⁹⁵⁶ C. Gavalda et G. Parléani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 6^{ème} éd., coll. Manuel, Litec, Paris, 2010, 583 p., v. spéc. p. 281, n° 425 et s.

⁹⁵⁷ Pour l'hypothèse d'un groupe constituant en réalité une société unique : CJCE, 24 octobre 1996, « *Viho Europe c/ Commission* », aff. C-73/95 P, *Rec. CJCE* 1996, p. I-5482. Dans cette affaire, la Cour de justice a conclu que la filialisation n'était qu'une simple répartition des tâches au sein de la même entreprise ; pour l'existence d'un groupe de sociétés : CJCE, 12 juillet 1979, « *BMW Belgium* », aff. 32, 36, 82 et 78, *Rec. CJCE* 1979, I, p. 2435.

ou influencée par la société mère. Dans l'affaire « *Hydrotherm* »⁹⁵⁸, la Cour de justice a jugé que « *la notion d'entreprise, placée dans un contexte de droit de la concurrence doit être comprise comme désignant une entité économique du point de vue de l'accord en cause même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales* ». Par conséquent, si l'une des filiales d'un groupe porte atteinte au droit de la concurrence, la responsabilité de la société peut effectivement être engagée par la Commission européenne. Soucieuse de préserver la libre circulation des sociétés mais également de protéger le marché unique de l'Union européenne contre toute atteinte à la libre concurrence, la Cour de justice a particulièrement surveillé l'activité des groupes de sociétés de manière à déceler et condamner toute pratique anticoncurrentielle. Partant de ce principe, la Cour de justice a dû se pencher sur la question de l'existence d'un accord de volonté au sein du groupe de sociétés. Il existe ici un antagonisme réel entre le droit qui ne retient pas la notion de groupe de sociétés comme un ensemble uni et la théorie économique qui retient l'unité économique du groupe⁹⁵⁹. Pour déterminer si une société se livre à une pratique anticoncurrentielle, la Cour de justice se livre à une analyse *in concreto* et se réfère exclusivement au critère de l'autonomie décisionnelle. En cas d'absence d'autonomie dans la prise de décisions, la filiale agissant de concert avec la société mère n'est pas condamnée pour atteinte à la libre concurrence⁹⁶⁰. Dans l'hypothèse où deux filiales d'un groupe concluraient un accord, il faut tenir compte du degré de dépendance et d'autonomie desdites filiales. S'il s'avère que l'une des filiales n'est pas placée dans un lien de subordination par rapport à une autre filiale – c'est le cas dans les groupes de sociétés à structure pyramidale – son comportement ne peut être imputée à l'autre filiale⁹⁶¹. En revanche, si une filiale passe un

⁹⁵⁸ CJCE, 22 juillet 1984, « *Hydrotherm Gerätebau* », aff. 170/83, *Rec. CJCE* 1984, I, p. 2999. Il en est ainsi « *lorsqu'une des parties à l'accord est constituée par des sociétés qui ont un intérêt identique et qui sont contrôlées par la même personne physique, elle aussi partie à l'accord* ». En effet, « *dans ces conditions, il n'existe aucune virtualité de concurrence entre les personnes qui participent simultanément, comme une seule partie, à l'accord en question* ».

⁹⁵⁹ C. Gavalda et G. Parléani, *op. cit.*, n° 474, p. 307.

⁹⁶⁰ CJCE, « *Viho Europe* », 24 octobre 1996, arrêt préc. Dans le cas de figure où il n'y a pas d'autonomie de la filiale dans le processus décisionnel, l'article 101 TFUE condamnant les ententes illicites (ex. art. 81 CE) ne peut recevoir application à l'intérieur d'un groupe de sociétés puisqu'il est considéré comme une entreprise unique au sens du droit de l'UE. En revanche, le groupe de sociétés peut toujours se voir condamner pour abus de position dominante comme le prévoit l'article 102 TFUE.

⁹⁶¹ TPI, 6 juillet 2000, « *VW et Audi* », aff. T-62/48, *Rec. CJCE* 2000, II, p. 2707 ; TPI, 30 octobre 2002, « *Nintendo* », *JOUE* n° L 255, 8 octobre 2003 ; CJCE, 2 octobre 2003, « *Aristain* », aff. C-196/99 P, *Rec. CJCE*

accord avec une société tiers au groupe, la société mère peut être tenue pour responsable si l'analyse de la situation concrète de la filiale révèle qu'elle ne dispose d'aucune autonomie décisionnelle⁹⁶². Le contrôle des concentrations nécessite également de définir les modalités du contrôle puisqu'il s'agit de contrôler « *des structures et non des comportements* »⁹⁶³. Là encore, la Cour de justice procède au cas par cas et s'attache à déceler un changement de contrôle susceptible d'aboutir ou non à une concentration prohibée par le droit de l'UE⁹⁶⁴.

Il est indéniable que la réglementation des groupes de sociétés est une tâche extrêmement délicate dans le cadre du droit international et de l'Union européenne. Nous pensons cependant que des efforts méritent d'être poursuivis dans cette direction. L'aboutissement du règlement CE relatif à la SE est un exemple concret qui pourrait servir de base à l'élaboration future d'un droit de l'UE des groupes de sociétés.

§ 2. La SE comme modèle de réglementation des groupes de sociétés à l'échelon de l'Union européenne.

336. L'obstacle principal est de trouver un compromis sur un ensemble de règles matérielles applicables par tous les Etats membres de manière à obtenir une uniformisation du droit des groupes dans l'Union européenne. Or, nous avons pu voir qu'un tel résultat ne peut s'obtenir que par l'adoption de règlements et non de directives dont le but premier est l'harmonisation des droits nationaux. L'abandon du règlement pour la directive pour traiter le sujet des groupes de sociétés est déjà en quelque sorte un aveu d'échec et des difficultés rencontrées par la Commission pour présenter un projet accepté par tous les Etats membres. Il est difficilement concevable que les Etats membres s'accordent rapidement en vue d'adopter un règlement ayant vocation à créer un droit de l'UE des groupes. Les cas de la société

2003, I, p. 11005.

⁹⁶² CJCE, « *KNP c/ Commission* (« Carton »), 16 novembre 2000, *Rec. CJCE* 2000, I, p. 9641.

⁹⁶³ C. Gavalda et G. Parléani, *op. cit.*, n° 685, p. 403.

⁹⁶⁴ TPI, 23 février 2006, « *Cementbouw* », aff. T-282/02, *Rec. CJCE* 2006, II, p. 319. Dans le cadre du droit de l'UE, le contrôle des concentrations est mis en œuvre par le règlement CE n° 139/2004 du 20 janvier 2004, *JOUE* n° L. 24, 29 janvier 2004.

européenne et de la fusion intra UE des sociétés de capitaux sont des exemples de lenteur et de paralysie législative européenne s'agissant de points cruciaux du droit des sociétés. Une réglementation efficace des groupes de sociétés passe nécessairement par l'adoption d'un corps de règles matérielles identiques à tous les Etats membres, l'on peut toutefois admettre des règles de conflit dans la mesure où elles ne viseraient pas un élément essentiel du droit des groupes. L'idée de départ s'agissant de déterminer les contours du droit des groupes serait de partir du règlement relatif à la SE⁹⁶⁵ tout en prenant en considération les approches nationales des Etats membres en matière de protection des tiers, des actionnaires mais aussi du marché contre toute entorse au droit anti trust. En outre, le cas concret de la réglementation allemande sur les groupes de sociétés permettrait au législateur européen de ne pas réitérer certaines erreurs comme celle touchant à l'absence de règles spécifiques relatives aux groupes de fait. Malgré la rigueur de la loi allemande de 1965⁹⁶⁶ sur les sociétés par actions et les groupes de sociétés, il n'est pas possible d'empêcher un groupe de fait de constituer une unité économique en renforçant simplement les règles traditionnelles sur la protection des minorités. L'objectif d'un droit des groupes serait ainsi de faire la jonction entre le droit et la réalité économique : garantir la possibilité pour les sociétés de créer des groupes basés sur des liens de dépendance économique et, dans le même temps, accorder une protection minimale aux tiers et aux associés minoritaires des sociétés contrôlées. Par conséquent, le champ d'application du droit de l'UE des groupes de sociétés doit être volontairement très large de manière à appréhender aussi bien les groupes de droit et les groupes de fait. Le contrôle économique et l'autonomie décisionnelle des sociétés filialisées doivent également être définis puisqu'il s'agit là des critères de principe permettant de déduire l'existence d'un groupe de sociétés.

⁹⁶⁵ Règlement CE n° 2157/2001 et directive n° 86/2001 du 8 octobre 2001, JOCE n° L. 294, 10 novembre 2001. Historiquement, le projet de SE (proposition de règlement présenté par la Commission au Conseil des ministres le 30 juin 1970) contenait une réglementation détaillée des groupes de sociétés puisque la SE devait pouvoir y participer en tant que société dominante ou société dominée.

⁹⁶⁶ Loi allemande *AktG* de 1965, préc.

Conclusion :

337. La détermination d'une *lex societatis* unique et d'une nationalité commune à toutes les sociétés membres d'un groupe international ne semble pas être une solution intéressante. Néanmoins, une réserve pourrait être faite dans le cadre de la jouissance des droits dans l'hypothèse où une filiale dont le rattachement juridique serait fictif ou frauduleux. Dans ce cas précis, le voile social pourrait être levé pour lui attribuer la nationalité de la société mère. Par ailleurs, les tentatives avortées de réglementation des groupes de sociétés et l'abandon du projet de 9^{ème} directive en droit de l'UE sur les groupes de sociétés laissent penser que le chemin est encore long pour parvenir à un consensus entre les Etats membres de l'Union européenne. Cependant, le règlement CE n° 2157/2001 relatif à la SE est un lueur d'espoir puisque cette forme sociale du droit de l'UE est avant tout un groupe de sociétés. L'on pourrait raisonnablement prétendre à calquer le règlement CE n° 2157/2001 sur une future réglementation des groupes de sociétés, celle-ci doit néanmoins comporter un nombre important de règles matérielles de manière à ne pas réitérer les erreurs commises dans l'élaboration du statut juridique de la SE.

Conclusion générale :

338. La nationalité des sociétés a, sous l'impulsion du droit de l'UE, retrouvé une seconde jeunesse avec la remise en cause de la conception de certains Etats membres en matière de reconnaissance des sociétés ressortissantes des Etats membres de l'Union et de détermination de la *lex societatis*. Les libertés de libre établissement à titre principal ou secondaire consacrées par le droit de l'UE ont contribué à relancer le débat sur les conditions de détermination de la nationalité des sociétés puisque cette notion recouvre aussi bien la reconnaissance des sociétés étrangères que les critères de détermination de la loi applicable. Libéralisant la mobilité des sociétés dans l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne a entraîné une remise en question du siège réel comme critère de détermination de la *lex societatis* et de reconnaissance pour les Etats membres restés attachés au siège réel. La nationalité des sociétés n'est donc pas un simple « *débat académique* »⁹⁶⁷ puisque les solutions traditionnelles de certains Etats membres ont été remises en cause par la jurisprudence de la CJUE. De plus, des points essentiels comme ceux du transfert de siège social à l'étranger sont abordés par le droit de l'UE, là encore les solutions traditionnelles de certains Etats membres sont bouleversées⁹⁶⁸. Nos développements nous ont également permis de démontrer qu'il fallait nécessairement mettre fin à la confusion entre loi applicable et nationalité des sociétés. Si le siège statutaire suffit à déterminer la *lex societatis*, la nationalité de la société peut très bien être différente si l'on retient certains critères complémentaires comme le centre de décision ou la nature du contrôle si le législateur l'impose expressément. En outre, le développement des relations économiques internationales impose aux sociétés commerciales d'être extrêmement réactives et compétitives. Ces nécessités vitales pour la survie d'une économie se matérialisent par le recours sans cesse croissant au critère de l'incorporation pour déterminer la loi applicable aux sociétés commerciales. La possibilité de dissocier les sièges réel et statutaire de la société n'est pas étrangère à cet engouement pour le

⁹⁶⁷ F. Terré, « Réflexions sur la notion de nationalité », *Rev. crit. DIP* 1975, p. 4.

⁹⁶⁸ Depuis l'arrêt « *Cartesio* » (préc.), la CJUE permet à une société de transférer son siège statutaire dans un autre Etat membre sans les conséquences de la dissolution dès que le transfert entraîne changement de la *lex societatis*. En revanche, si le transfert n'entraîne pas le changement de la loi applicable, l'Etat de sortie peut s'opposer au transfert de siège ou le soumettre à certaines conditions.

critère formaliste de l'incorporation. Sur ce point, le droit de l'UE a été particulièrement réactif puisque la liberté d'établissement a fait l'objet d'une jurisprudence très explicite en la matière qui, se fondant sur les principes du traitement national et de non discrimination, permet à toute société ressortissante d'un Etat membre de bénéficier du libre établissement même si sa *lex societatis* ne reconnaît pas la dissociation des sièges réel et statutaire comme cela est le cas pour les Etats membres adeptes du siège réel. Le droit de l'UE s'oriente inévitablement vers l'exclusion du siège réel – ce critère reçoit application pour les relations extra UE uniquement – puisque des discussions existent sur une nécessaire révision du statut de la SE pour consacrer le siège statutaire comme critère de rattachement juridique à un ordre national. Le projet de société privée européenne à destination des PME s'inscrit dans la même optique : le siège statutaire est le seul critère permettant véritablement de faire bénéficier les sociétés commerciales des libertés d'établissement et de prestation de services sans aucune entrave de la part des Etats membres. Cela étant dit, cette orientation vers le siège statutaire ne pose pas de problème particulier pour le droit français puisque celui-ci se réfère implicitement au siège statutaire⁹⁶⁹. S'agissant des groupes de sociétés, nous avons pu voir qu'une approche unitaire de leur statut juridique est inappropriée. Les groupes de sociétés sont conçus de telle façon que la multitude des lois nationales applicables aux diverses filiales est un avantage pour leur développement économique international. Néanmoins, le critère du contrôle économique avancé par certains auteurs⁹⁷⁰ pourrait valablement retenir notre attention mais uniquement dans le cadre de la jouissance des droits dont une société pourrait revendiquer l'exercice ou pour la détermination de la nationalité de la filiale en complément du critère du siège social. En effet, la *lex societatis* doit toujours être déterminée par référence au critère du siège social alors que la nationalité d'une filiale peut être différente si elle bénéficie injustement de droits réservés aux seules sociétés nationales. Nous visons ici le cas particulier d'une filiale d'un grand groupe international qui ne participerait pas effectivement au développement économique d'un pays en développement⁹⁷¹. Enfin, l'importance des groupes de sociétés dans l'économie internationale mériterait que le législateur européen insiste

⁹⁶⁹ L'interprétation des articles L. 210-3 du Code de commerce et 1837 du Code civil faite par la doctrine moderne consacre le siège statutaire, le siège réel n'intervient qu'en cas de fraude à la loi ou de siège fictif.

⁹⁷⁰ J. Béguin, art. précité.

⁹⁷¹ D. Pohé, thèse précitée.

d'avantage sur un projet de réglementation de leur activité reposant sur un socle commun de règles matérielles qui permettraient d'unifier le traitement juridique des groupes dans le cadre de l'Union européenne, essentiellement pour assurer une meilleure information et protection des tiers ou des petits actionnaires. Le règlement CE n° 2157/2001⁹⁷² relatif au statut de la société européenne ainsi que la réglementation allemande sur les sociétés par actions⁹⁷³ pourraient parfaitement servir de base de travail à un tel projet, il faudrait néanmoins ne pas reproduire les lacunes juridiques présentes dans ces textes. À l'évidence, le débat sur la nationalité des sociétés est loin d'être clos.

⁹⁷² Règlement préc.

⁹⁷³ Loi allemande de 1967 sur les sociétés par actions avec une section consacrée aux groupes de sociétés de droit et de fait, préc.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux :

- ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2006, 814 p.
- AUDIT Bernard, *Droit international privé*, 6^{ème} éd., Corpus Droit privé, Economica, 2010, Paris, 1013 p.
- BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, *Traité de droit international privé*, t. 1, 8^{ème} éd., 1993, LGDJ, Paris, 653 p.
- BEGUIN Jacques et MENJUCQ Michel (sous la direction de), *Droit du commerce international*, ouvrage collectif, éd. Litec, 2^{ème} éd., Paris, 2011, 1293 p.
- BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, t. 2, partie spéciale, 2^{ème} éd., PUF, Paris, 2010, 557 p.
- CACHARD Olivier, *Droit du commerce international*, LGDJ, Paris, 2008, 578 p.
- CANNU Paul (le) et DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, 3^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2009, 1087 p.
- CLAVEL Sandrine, *Droit international privé*, collection Hyper cours, Dalloz, Paris, 2009, 606 p.
- CORNU Gérard, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., PUF, Paris, 2007, 986 p.

- COURBE Patrick, *Droit international privé*, 2^{ème} éd., Armand Colin, éd. Dalloz, Paris, 2003, 388 p.

- DERRUPPE Jean et LABORDE Jean-Pierre, *Droit international privé*, 16^{ème} éd., coll. Mémento, Dalloz, Paris, 2008, 178 p.

- GAVALDA Christian et PARLEANI Gilbert, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 5^{ème} éd., Manuel, Litec, Paris, 2006, 570 p.

- GOLDMAN Berthold, LYON-CAEN Antoine et VOGEL Louis, *Droit commercial européen*, 5^{ème} éd., précis Dalloz, éd. Dalloz, Paris, 1994, 835 p.

- GOURION Pierre-Alain, PEYRARD Georges et SOUBEYRAND Nicolas, *Droit du commerce international*, 4^{ème} éd., collection systèmes, LGDJ, Paris, 2008, 299 p.

- GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean, *Lexique des termes juridiques*, 16^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2007, 698 p.

- GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques*, 18^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2011, 858 p.

- GUYON Yves, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12^{ème} éd., 2003, Economica, Paris, 2003, 1060 p.

- HAMEL Joseph et LAGARDE Gaston, *Traité de droit commercial*, t. 1, Dalloz, Paris, 1954, 1172 p.

- HAMEL Joseph, LAGARDE Gaston et JAUFFRET Alfred, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2 par G. Lagarde, Dalloz, Paris, 1980, 623 p.

- JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe et CORNELOUP Sabine, *Droit du commerce international*, 2^{ème} éd., éd. Dalloz, 2010, Paris, 913 p.

- KITIC Dusan, *Droit international privé*, Ellipses, collection Universités, Paris, 2003, 224 p.

- LEREBOURS-PIGEONNIERE Paul et LOUSSOUARN Yvon, *Précis de droit international privé*, 9^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1970, 734 p.

- LOUSSOUARN Yvon, VAREILLES-SOMMIERES Pascal et BOUREL Pierre, *Droit international privé*, 9^{ème} éd., coll. précis droit privé, Dalloz, Paris, 2007, 1025 p.

- MAYER Pierre et HEUZE Vincent, *Droit international privé*, coll. Domat droit privé, 10^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2010, 820 p.

- *Mémento pratique F. Lefebvre, Sociétés commerciales 2012*, 43^{ème} éd., éd. F. Lefebvre, 2011, Paris, 1678 p.

- MENJUCQ Michel, *Droit international et européen des sociétés*, 3^{ème} éd., coll. Domat droit privé, Montchrestien, Paris, 2011, 598 p.

- MOULIN Jean-Marc, *Mémento LMD. Droit des sociétés et des groupes*, 5^{ème} éd., Gualino Lextenso, Paris, 2011, 229 p.

- MOUSSERON Jean-Marc, REYNARD Jacques, FABRE Régis et PIERRE Jean-Luc, *Droit du commerce international : droit international de l'entreprise*, 3^{ème} éd., 2003, coll. Manuels, éd. Litec, Paris, 556 p.

- NIBOYET Jean-Paulin, *Traité de droit international privé*, t. I et II, 2^{ème} éd., Sirey, Paris, 7 vol., 1947-1950, 641 p.

- NOURISSAT Cyril, *Droit communautaire des affaires*, 3^{ème} éd., collection Hyper Cours, Dalloz, Paris, 2010, 368 p.

- PIC Paul et KREHER Jean, *Traité des sociétés commerciales*, 3^{ème} éd., t. I, éd. Rousseau, Ancienne collection Thaller, Paris, 1949.

- RIGAUX François et FALLON Marc :
 - *Droit international privé*, théorie générale, t. I, 2^{ème} éd., éd. Larcier, Bruxelles, 1987, 386 p.
 - *Droit international privé*, t. II, 3^{ème} éd., coll. Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, éd. Larcier, Bruxelles, 1993, 1038 p.

- RIPERT Georges et ROBLOT René (actualisé par GERMAIN Michel), *Traité de droit commercial*, t. I, 19^{ème} éd., LGDJ, 2009, Paris, 994 p.

- SAVATIER René, *Cours de droit international privé*, 2^{ème} éd., LGDJ, Paris, 1953, 362 p.

- VIDAL Dominique, *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2010, 794 p.

- VIGNAL Thierry, *Droit international privé*, Armand Colin, Paris, 2005, 465 p.

II. Ouvrages spéciaux, thèses, cours, travaux collectifs :

- AGOSTINI Eric, *L'application des règles de conflits étrangères et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse Bordeaux, 1975.

- ARMINJON Pierre, *Précis de droit international privé*, t. I, 3^{ème} éd., Dalloz, 1957.

- BATIFFOL Henri :
 - *Les conflits de lois en matière de contrats : étude de droit international comparé*, thèse Paris, Recueil Sirey, 1938, 500 p.
 - *Cours de doctorat*, 1967-1968.

- *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1956, 346 p.

- BAUER Michel et COHEN Elie, *Qui gouverne les groupes industriels ? Essai sur l'exercice du pouvoir du et dans le groupe industriel*, éd. du Seuil, Paris, 1981, 278 p.

- BOUCOBZA Xavier, *L'acquisition internationale de société*, LGDJ, Paris, 1998, 569 p.

- BROWNLIE Ian, *Principles of public international law*, 5^{ème} éd., Oxford, 1990, 748 p.

- BUISSON Jacques, *La notion de for exorbitant (Etude de droit international privé)*, thèse Paris II, 1996.

- CADIET Loïc et Emmanuel JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 7^{ème} éd., Litec, Paris, 2011, 837 p.

- CHAPELLE André, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, t. II, thèse Paris II, 1979.

- CHULIA Vicent, *Compendio crítico de derecho mercantil*, t. 1, 3^{ème} éd., Bosch, Madrid, 1991.

- COLLINS Lawrence, *Dicey and Morris, Conflicts of laws*, 14th ed., Sweet and Maxwell, London, 2000.

- COT Jean-Mathieu et de la LAURENCIE Jean-Patrice, *Le contrôle français des concentrations*, 2^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2003, 577 p.

- DEL CONT Catherine, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, éd. L'Harmattan, Paris, 1997, 400 p.

- DEMASSIEUX Georges, *Le changement de nationalité des sociétés anonymes*, thèse Lille, 1928.

- DOMESTICI-MET Marie-José, *Juris-Classeur Europe*, Fasc. n° 710.

- DURANTON Guy, *Répertoire Sociétés Dalloz*, « Nationalité ».

- ECHAUDEMAISON Claude-Danièle (sous la direction de), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, 8^{ème} éd., Nathan, Paris, 2009, 575 p.

- FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats (essai d'une théorie)*, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1992, 573 p.

- FERNANDEZ José-Luis, *Teoria de las sociedades mercantiles*, éd. Deusto, 1994.

- FOYER Jean, *Rép. int. Dalloz*, « Valeurs mobilières », n° 50.

- FRANCESCAKIS Phocion :
 - *Rép. Dalloz Dr. int. pr.*, « Ordre public », n° 21.
 - *Rép. Dalloz dr. int.*, « Conflits de lois (principes généraux) », n° 136.
 - *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris, 1958.

- FROMONT Michel, *Droit allemand des affaires*, coll. Domat droit privé, Montchrestien, 2001, 335 p.

- GALL Erwan (le), *Répertoire Sociétés Dalloz*, « Siège social ».

- GERMAIN Michel, *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, thèse Nancy, 1974.

- GEST Guy et TIXIER Gilbert, *Droit fiscal international*, 2^{ème} éd., coll. Que sais-je ?, PUF, Paris, 1995, 127 p.

- GESSLER, HEFERMEHL, ECKARDT et KROPF, *Aktiengesetz*, 1973.

- GOLDMAN Berthold, *Cours de droit du commerce international*, Sirey, Paris, 1970-1971.

- GRAVESON Ronald Harry, *Conflicts of laws*, 7th ed., Sweet and Maxwell, London, 1974.

- HANNOUN Charley, *Le droit et les groupes de sociétés*, LGDJ, Paris, 1991, 322 p.

- HILTON YOUNG Edward (Sir), *Foreign companies and others corporations*, University Press, 1912, 332 p.

- JOBARD-BACHELLIER Marie-Noëlle, *L'apparence en droit international privé*, LGDJ, Paris, 1984.

- LAGARDE Paul, *L'émission de titres par les sociétés étrangères en France*, thèse Poitiers, 1957.

- LEBEN Charles, « La nationalité des sociétés », in *L'entreprise multinationale face au droit* (sous la direction de GOLDMAN Berthold), éd. Librairies techniques, Paris, 1977, 453 p.

- LEVI Jules, *Liquidation des sociétés commerciales, pouvoirs et responsabilité des liquidateurs*, thèse Paris, 1884.

- LEVY Laurent, *La nationalité des sociétés*, thèse Paris, LGDJ, 1984, 319 p.

- LOUSSOUARN Yvon, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, thèse Rennes, 1949.

- LOUSSOUARN Yvon et TROCHU Michel :
- actualisé par OUDIN François, « Nationalité des sociétés », *Jcl. Sociétés* n° 1, fasc. n° 28-60, § 26 et s.
- « Les sociétés étrangères en France », in *Jurisclasseur Droit international*, « Sociétés », fasc. n° 194-10, n° 3.

- MASTRULLO Thomas, *Le droit international des sociétés dans l'espace européen*, thèse Aix-en-Provence, coll. de l'institut de droit des affaires, PUAM, 2009, 641 p.

- MAYER Pierre, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, thèse Paris, 1973.

- MENJUCQ Michel, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ Montchrestien, Paris, 1997, 478 p.

- MONDON Georges, *La nationalité des sociétés*, thèse Grenoble, 1937.

- MORIN François, *Théorie économique du patrimoine*, éd. Ellipses, Paris, 1984, 127 p.

- NICHOLAS Bamforth, « L'obligation précontractuelle de renseignement en droit anglais », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la direction de TALLON Denis et HARRIS Donald, LGDJ, Paris, 1987, 443 p.

- NORTH P.M. and FAWCETT J.J., *Cheshire & North's Private international law*, 12th ed., Butterworths Law, 1992.

- PARIENTE Maggy, *Les groupes de sociétés : aspects juridique, social, comptable et fiscal*, Litec, Paris, 1993, 565 p.

- PEPY André, *La nationalité des sociétés*, thèse Paris, 1920.

- PILLET Antoine, *Les personnes privées en droit international privé*, thèse Paris, 1914.

- POHE TOKPA Denis, *La nationalité des sociétés dans les pays en voie de développement*, thèse Bordeaux, 1989.

- PULJAK Marie-Paule, *Le droit international privé à l'épreuve du principe de non-discrimination en raison de la nationalité*, thèse Aix-en-Provence, éd. PUAM, 2003, 451 p.

- RABEL Ernst, *Conflicts of laws. A comparative study*, vol. 2, Michigan University Press, 1948.

- RIGAUD Louis, *Rép. de la Pradelle et Niboyet*, « Personnes morales », n° 80.

- ROUTIER Richard, *Les fusions de sociétés commerciales : prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements*, LGDJ, Paris, 1994, 332 p.

- ROBE Jean-Philippe, *L'entreprise et le droit*, éd. PUF, Paris, 1999, 128 p.

- SANTA MARIA Alberto, *Le società nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milan, 1970.

- SYNDET Hervé :
- *L'organisation internationale du groupe de sociétés*, thèse Rennes, 1979.
- *Rép. int. Dalloz*, « Société », août 2004, n° 180.
- *Juris-classeur commercial* n° 7, « Groupes de sociétés », fasc. n° 1574.

- TENENBAUM Aline, *L'application internationale du droit boursier*, thèse Paris I, 2002.

- THALLER Edmond-Eugène, *Traité élémentaire du droit commercial*, 8^{ème} éd., éd. A. Rousseau, 1931, 1386 p.

- *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, t. IV, Sirey, 1949-1950.
- URIA Rodrigo, *Derecho mercantil*, 14^{ème} éd., M. Pons, Madrid, 1987.
- VAN RYN Jean et HEENEN Jacques, *Principes du droit commercial*, t. II, éd. Bruylant, 1957, 549 p.
- De VAREILLES-SOMMIERES Gabriel de Labroue (Marquis), *Les personnes morales*, éd. Pichon, Paris, 1902, 685 p.
- VON BAR Ludwig, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. IV, éd. Abrégée.

III. Mélanges :

- BATIFFOL Henri, « Conflit mobile et droit transitoire », in *Mélanges Paul Roubier. Théorie générale du droit et droit transitoire*, t. I, Dalloz et Sirey, Paris, 1961, p. 39.
- BEGUIN Jacques :
 - « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », in *Mélanges Pierre Catala*, Litec, Paris, 2001, p. 861.
 - « Un texte à abroger : la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères », in *Mélanges Claude Champaud*, Dalloz, Paris, 1997, p. 1.
- BISCHOFF Jean-Marc, « Observations sur la validité du transfert international de siège social », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, t. I, Litec, Paris, 1974, p. 24.
- BLAISE Jean-Bernard, « Une cohabitation difficile : nationalité des sociétés et libre établissement dans la Communauté européenne », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Khan*, CREDIMI, Dijon, 2000, 728 p., v. spéc. p. 585.

- BOUCOBZA Xavier, « L'offre publique transfrontière », in *Mélanges AEDBF-France*, RB édition, Paris, 1997, 430 p., v. spéc. p. 53.

- CASTEL Nicolas et de la PRADELLE Géraud, « Les entreprises », chapitre 6, in *Droit de l'économie internationale*, (sous la direction de DAILLIER Patrick, de la PRADELLE Géraud et GHERARI Habib), éd. Pedone, Paris, 2005, pp. 67 à 76.

- CRONE Richard, « La loi applicable aux pouvoirs des dirigeants des sociétés étrangères », in *Travaux du comité français de DIP*, 1998-2000, p. 243 et s.

- GOLDMAN Berthold, « La nationalité des sociétés dans la Communauté économique européenne », in *Travaux du comité français de DIP*, 1969, p. 228.

- GUILLAUME Florence, « *Lex societatis*. Principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse », in *Etudes suisses de droit international*, vol. 116, Schulthess, Genève, 2001, 383 p., v. spéc. p. 116.

- GRAULICH Paul, « Règles de conflits et règles d'application immédiate », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. II, Bruylant, Bruxelles et Sirey, Paris, 1963, p. 629 et s.

- GUYON Yves, « Les actionnaires étrangers » in *Mélanges en l'honneur de Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 497.

- IDOT Laurence, « À propos de la libre circulation des entreprises », in *Les séparations internationales d'entreprises*, (sous la direction d'Eric LOQUIN), travaux du CREDIMI, Université de Bourgogne, LGDJ, Paris, 2004, 396 p.

- LABORDE Jean-Pierre, « Droit international privé et groupes internationaux de sociétés : une mise à l'épreuve réciproque », in *Mélanges offerts à Jean Derruppé*, LGDJ, Paris, 1991, p. 49 et s.

- LYON-CAEN Antoine, « Les manifestations juridiques du contrôle multinational », in *L'entreprise multinationale face au droit*, Litec, Paris, 1997, p. 77 et s.

- MENJUCQ Michel :

- « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », in *Mélanges offerts à Yves Guyon*, Dalloz, Paris, 2003, p. 831.

- « La notion de circulation internationale d'entreprise », in *Les séparations internationales d'entreprises*, Travaux du CREDIMI, Université de Bourgogne, Litec, 2004, 396 p., v. spéc. p. 13 et s.

- « La notion de siège social : une unité introuvable en droit international et en droit communautaire », in *Droit et actualités, études offertes à Jacques Béguin*, 2005, Litec, Paris, p. 499 et s.

- NABASQUE Hervé (le), « Un droit européen des sociétés ? », in *Le droit privé européen*, sous la direction de Pascal de Vareilles-Sommières, Economica, Paris, 1999, chapitre 5, p. 78 et s.

- NOVA Rodolfo (de), « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. I, Dalloz et Sirey, Paris, 1960, p. 377 et s.

- OPPETIT Bruno, « Les sociétés multinationales et les Etats nationaux », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, t. I, Litec, Paris, 1974, p. 161.

- RIGAUX François, « Droit international privé et droit communautaire », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn. L'internationalisation du droit*, Dalloz, Paris, 1994, p. 341.

IV. Articles de doctrine, communications, chroniques, rapports :

- ALFREDO Pierre, « Implantation des entreprises en Espagne : réglementation des investissements étrangers directs en Espagne », *JCP éd. N*, 1991, doct., p. 12.

- AUSTRY Stéphane, « Fusions et conventions fiscales », *R. J. com.* juillet-août 2011, n° 4, p. 373.

- AUTENNE Alexia et de Wolf Michel, « La mobilité transfrontalière des sociétés en droit européen : le cas particulier du transfert de siège social. Regards croisés de droit des sociétés et de droit fiscal », *Cahiers de droit européen* 2007, n° 5-6, p. 647 et s.

- BALLARINO Tito :
 - « Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé italien », *Rev. crit. DIP* 1996, p. 21 et s.
 - « Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la CJCE », *Rev. crit. DIP* juillet-sept. 2003, p. 373.
 - « Liberté d'établissement et fiscalité directe. Quelques réflexions sur la pratique et la jurisprudence fiscales communautaires », *Rev. du marché commun de l'Union européenne*, avril 2010, n° 537, p. 257.

- BASTID Suzanne, « La protection diplomatique et la nationalité des sociétés », in *Travaux du comité français de Droit International Privé*, 1969, n° 23.

- BATIFFOL Henri, « Le changement de nationalité des sociétés », commentaire, *Travaux du Comité Français de DIP*, séance du 13 mars 1967, p. 65, 1966-1971.

- BATIFFOL Henri et FRANCESKAKIS Phocion, « L'arrêt Boll de la Cour internationale de Justice et sa contribution au droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1958, p. 259.

- BEITZKE Günther, « Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés (droit communautaire et droit international privé) », *Rev. crit. DIP* 1967, p. 1.

- BISCHOFF Jean-Marc, « La SE, aspects de droit international privé », *LPA* 18 avril 2003, n° 43 et s.

- BLANQUET Françoise, « Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés », *Rev. soc.* 2000, p. 115.

- BOTHIAU Anne et MARTINEK Michael, « La future SPE (Societas Privata Europaea), menace pour la GmbH », *Bull. Joly sociétés* n° 9, septembre 2009, p. 808.

- BROGGINI Gerardo, « La nouvelle loi italienne de droit international privé », *Rev. suisse de droit international et européen* 1996, pp. 1-41.

- BROUILLARD Jean-Pierre, « La S.A.E. : la “société approximativement européenne” », *JCP éd. E* n° 3, 18 janvier 2007, n° 1100, pp. 39 à 44.

- BUREAU Dominique, « Feu la loi du 30 mai 1857 », *Rev. crit. DIP* 2008, n° 1, p. 161 et s.

- BURWITZ Gero, « Tax consequences of the Migration of Companies : a practitioner's Perspective », *EBOR*, vol. 7, issue 2, 2006, p. 589 et s.

- CARAYON Bernard, « Entretien », *Revue internationale et stratégique* 2/2006, n° 62, pp. 75-78.

- CATEL DUET Aurélie, « Etre ou ne pas être : le groupe comme firme unifiée ou comme ensemble de sociétés ? Une approche sociologique », *Rev. droit et société* n° 67/2007, p. 615 et s.

- CATHIARD Catherine :
 - « La SE en droit français », *Rev. soc.* n° 1, juin 2006, pp. 5 à 9.
 - « Le régime des fusions transfrontalières depuis la loi du 3 juillet 2008 », *Rev. soc.* n° 8, octobre 2008.
 - « Les régimes particuliers des opérations transfrontalières : quel est encore l'intérêt de la société européenne ? », *R. J. com.* juillet-août 2011, n° 4, p. 385.

- CATHIARD Catherine, ANDRES Denis et MESTOUDJIAN Jacques, « La pratique des fusions transfrontalières : règlement (CE) n° 2157/2001 et directive n° 2005/56/CE : éclairage juridique, social et fiscal », *Bull. Joly sociétés* n° 9, septembre 2010, § 166, pp. 794-795.

- CHEMINADE Yvonne, « La nature juridique de la fusion », *RTD com.* 1970, p. 5.

- CHARPENTIER Jean, « L'affaire de la Barcelona Traction devant la Cour internationale de Justice », *Annuaire français de droit international privé* 1970, vol. 16, n° 16, pp. 307-328.

- CHARDENON Paule, « La nationalité des sociétés dans les rapports franco-algériens », in *Travaux du Comité français de DIP*, Table ronde du 25 janvier 1969, n° 27-32, 1966-1971, p. 285 et s.

- Club des juristes :
 - « Projet de 14^{ème} directive », novembre 2010.
 - Sous-groupe, « Mobilité des sociétés », Préambule au projet de 14^{ème} directive, novembre 2010, www.leclubdesjuristes.com

- COHEN Daniel :
 - « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 585 et s.
 - « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1989, p.451 et s.

- Commission des opérations en bourse, rapport annuel, 1998, visa n° R 99-276.

- COMMISSION EUROPENNE :
 - Communication, « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux », COM/2003/0703 *final*, 18 novembre 2003, transmise au Parlement et au Conseil le 20 novembre 2003.
 - Mémoire du 1^{er} décembre 1965, *RTD Europe* 1966, p. 651.

- Communication, « Traitement fiscal des pertes dans les situations transfrontalières », transmise à la Commission européenne, au Parlement européen et au Conseil économique et social européen le 19 décembre 2006, Direction générale Taxud, COM (2006) 824 final, http://ec.europa.eu/taxation_customs.
- Etude d'impact, Commission Staff Working document, « Impact Assessment of the cross-border transfer of registered office », Bruxelles, 12 décembre 2007, SEC (2007), 1707 fin.
- Proposition de règlement relatif à la SPE, 25 juin 2008, communiqué IP/08/1003.
- *Small Business Act*, JCP G, n° 48, 29 novembre 2010, n° 1175, p. 2223.
- « Rapport sur l'impact du statut de la SE sur les entreprises », communiqué IP/1531, 19 novembre 2010, COM (2010) 0676 final.
- Communication, « Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne. Un plan pour avancer », 21 mai 2003, transmise au Conseil et au Parlement européen, COM (2003) 284.
- Réexamen du *Small Business Act* pour l'Europe, Communication de la Commission européenne du 23 février 2011, COM (2011) 78 final.

- CONTIN Raphaël, « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés », *D.* 1968, chron. p. 45.

- CONSEIL DE LA CONCURRENCE, rapport annuel pour 2001, délibération du 24 avril 2002.

- CORNETTE de SAINT-CYR Anne-Sophie, « Le transfert de siège social transfrontalier », *JCP E* 2009, p. 1286.

- COUR DE CASSATION, rapport annuel pour 2003, « *L'égalité* », La Documentation française, Paris, 2004, 636 p.

- COURET Alain, « L'évolution du cadre juridique », *Rev. française de gestion* n° 28 (141), 2002, p. 388.

- CRONE Richard, « Reconnaissance des sociétés étrangères en France : une simplification attendue », *Deffrénois* n° 14/2008, n° 18807, p. 1546.

- DAMMANN Reinhard :
 - « Le droit international privé des sociétés face à la liberté d'établissement », *Bull. Joly sociétés* n° 6, juin 2009, § 161, p. 593, note sous CJCE, 16 décembre 2008, « *Cartesio* », aff. C-210/06.
 - « Fusion intracommunautaire », *JCP E* 2006, n° 10077, pp. 972-974, note sous CJCE, gr. ch., 13 décembre 2005, « *Sevic Systems AG* », aff. C-411/03.

- DAMMANN Reinhard et WEBER-REY Daniela, « La société privée européenne : un outil novateur », *Bull. Joly sociétés* octobre 2008, § 175, p. 811.

- DAMMANN Reinhard, WYNAENDT Laurence, NADER Rita, « La renaissance inattendue de la théorie du siège réel », *D.* 2009, p. 574.

- DAIGRE Jean-Jacques, « Les fusions internationales (et opérations assimilées) : esquisse d'une analyse et de solutions », *Actes pratiques sociétés* juillet-août 1998, p. 4 et s.

- DEAK Daniel, « Outbound establishment revisited in Cartesio », *EC Tax Review* 2008, n° 6, p. 250.

- DELAUME Georges René, « Les conflits de juridictions en matière de sociétés », *JCP* 1950, I, 849.

- DEMAISON Jack, « La SE “ à la française ” : un pas important vers une modernisation de la SA ? », *RLDA* 2007/12, n° 659.

- DROBNIG Ulrich, « Zeitschrift für das gesamte handelsrecht und wirtschaftsrecht » (« Remarques critiques sur l'avant projet de convention C.E.E. sur la reconnaissance des sociétés »), *Stuttgart* 1967, n° 129, p. 93 et s.

- DOUBLET Jean-Marie, « Double discours et “patriotisme économique” », *Rev. française de gestion* 3/2006, n° 162, pp. 7-8.

- DUCOULOUX-FAVARD Claude, « La réforme française des fusions et l’harmonisation des législations européennes », *Dalloz* 1990, chron., p. 242.

- DUFOUR Olivia :
 - « La société privée européenne pour demain, entretien avec Joëlle SIMON », *Bull. Joly sociétés* n° 6, juin 2008, éclairage, p. 460.
 - « Droit européen des sociétés : perspectives d’avenir, entretien avec Pascale FOMBEUR », *Bull. Joly sociétés* n° 10, octobre 2008, p. 744.

- FAGES Fabrice et MENJUCQ Michel, « Proposition de loi relative aux mesures d’adaptation du droit français des sociétés dans la perspective de l’entrée en vigueur du règlement 2157/2001 sur la société européenne », *JCP G* 2003, n° 43-44, aperçu rapide n° 505.

- FATOUROS Arghyrios A., « Problèmes et méthodes d’une réglementation des entreprises multinationales », *JDI* 1974, p. 495.

- FRANCECAKIS Phocion :
 - « Quelques précisions sur les lois d’application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 1.
 - « Lois d’application immédiate et règles de conflit », *Rev. dir. int. priv. proc.* 1967, p. 691.
 - « Y-a-t-il du nouveau en matière d’ordre public ? », in *Travaux du Comité français de DIP*, 1966-1969, p. 149.
 - « Lois d’application immédiate et droit du travail. L’affaire du comité d’entreprise de la Compagnie des Wagons-lits », *Rev. crit. DIP* 1974, p. 273.
 - avis, « Nationalité des sociétés », in *Travaux du Comité français de DIP*, table ronde du 18 janvier 1969, n° 27-32, 1966-1971, p. 314 et 315.
 - « Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux », *Rev. crit. DIP* 1970, p. 609.

- FROSSARD Joseph, « Un vide législatif : la nationalité des sociétés », *Dalloz* 1969, chron., p. 9.

- GAILLET Anne-Manuelle, « Le nouveau droit des sociétés de capitaux en Italie », *JCP E* 2004, n° 200, p. 214 et s.

- GAUDEMET-TALLON Hélène, « Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau ? », *Travaux du Comité français de DIP*, 1987-1988, séance du 27 janvier 1988, p. 170 et s.

- GIARDINI Anne, « Les caractères généraux de la réforme », *Rev. crit. DIP* 1996, p. 1.

- GOFFAUX-CALLEBAUT Géraldine, « Le plan d'action de la Commission européenne en droit des sociétés : une approche française », *Bull. Joly sociétés* 2003, p. 997, n° 24.

- GOLDMAN Berthold :
 - « Rapport introductif au projet de fusion internationale des sociétés anonymes », *RTDE* 1974, p. 464.
 - « La nationalité des sociétés dans la Communauté économique européenne », *Travaux du Comité français de DIP*, 1966-1969, p. 240 et s.
 - « Le projet de convention entre les Etats membres de la CEE sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales », in *Rabels Zeitschrift* 1967, p. 205.

- GUERRA Pietro, *Rapport au congrès de la F.I.D.E.*, 1961, p. 97 et s.

- HOPT Klaus, « Le droit des groupes de sociétés : expériences allemandes, perspectives européennes », *Rev. soc.* 1987, p. 371.

- HOUIN Roger, « Le régime juridique des sociétés dans la CEE », *RTDE* 1965, p. 21 et s.

- IDOT Laurence, « Fusions transfrontalières », *Rev. Europe* janvier 2006, comm., n° 13, p. 16.

- JACQUEMIN Alexis, « La dynamique du groupe d'entreprises : une perspective de droit économique », *Rev. d'économie industrielle* n° 47, 1989, pp. 6-13.

- JAZOTTES Gérard, « Le transfert de siège : *statu quo* ou revirement ? », *Bull. Joly sociétés* octobre 2008, n° 177.

- JEANTIN Michel, « Le nouveau régime des fusions et des scissions de sociétés », *JCP E* 1988, II, 15169.

- JESTIN Kevin, « La réforme du droit anglais des sociétés opérée par le *Companies Act* 2006 : analyse et perspectives », *Bull. Joly sociétés* n° 8-9, août-septembre 2008, § 157, p. 727.

- JUILLARD Patrick, « L'affaire Elettronica Secula : procès sur un traité ou procès d'un traité », *Annuaire français de droit international*, vol. 35, n° 35, 1989, pp. 276-297.

- KLEINER Caroline, « Le transfert de siège social en droit international privé », *JDI* 2010, n° 2, doct. 4, p. 315.

- KNOF Béla et MOCK Sebastian, « Die Verienbarkeit von Wegzugbeschränkungen mit der Niederlassungsfreiheit (« *Cartesio* ») », *ZIP* 1/2009, vol. 30, p. 30.

- KOROM Veronika, « La liberté d'établissement des personnes morales et l'affaire *Cartesio* : un pas en arrière ? », *RLDA* mars 2009, n° 36, § 2158, p. 10.

- LECLERC Frédéric, « Que reste-t-il des nullités des sociétés en droit français après l'arrêt *Marleasing* ? », *R. J. com.* 1992, p. 321.

- LAMY Pascal, « Le modèle français vu d'Europe. Entretien », *Le débat* 2/2005, n° 134, pp. 31-41.

- LEFEBVRE Antoine, « Le nouveau régime des fusions et des scissions de sociétés commerciales institué par la loi n° 88-17 du 5 janvier 1988 et le décret n° 88-418 du 22 avril 1988 », *Rev. soc.* 1988, p. 207.

- LENOIR Noëlle :
 - « L'avenir de la *Societas europaea* », *Journal de droit européen*, février 2003, p. 33 et s.
 - *La Societas europaea ou SE. Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise*, rapport remis au Garde des Sceaux le 19 mars 2007, La Documentation française, 2007, 322 p.

- LENOIR Noëlle et CONAC Pierre-Henri, « Rapport du groupe de réflexion sur le futur du droit européen des sociétés : vers un changement de cap ? », *Dalloz* 7 juillet 2011, n° 26, 1808, entretien.

- LENOIR Noëlle, MENJUCQ Michel et BRUNEAU Pierre-Pascal, « Les enjeux de la localisation de la SE dans l'espace européen », *Dr. et patr.* n° 163, octobre 2007, p. 62 et s.

- LOUIS-LUCAS Pierre, « Remarques relatives à la détermination de la nationalité des sociétés », *JCP* 1953, I, p. 1104.

- LOUSSOUARN Yvon :
 - « Nationalité des sociétés et Communauté Economique Européenne », *R. J. com.* 1990, p. 145.
 - « Analyse des dispositions de la loi du 24 juillet 1966 relatives au droit international du commerce », *RTD com.* 1967, p. 327.
 - « Le droit d'établissement des sociétés », *RTDE* 1990, p. 229.
 - « Quelques aspects nouveaux de la protection des actionnaires français de sociétés étrangères », *Dalloz* 1964, chron. n° 279.
 - « La concentration d'entreprises dans la CEE », *Rev. crit. DIP* 1974, p. 235.

- LOY Odette, « Le marché unique et les sociétés », *DPCI* 1989, p. 249.

- MALECKI Catherine, « Les dirigeants des filiales », *Rev. sociétés* n° 3, 2000, pp. 453-490.

- MARTIN Didier et PORACCHIA Didier, « Company mobility through cross-border transfers of registered offices within the European Union. A new challenge for French law », *JDI* 2010, n° 2, doct. 5, p. 347.

- MARTIN-SERF Arlette, « L'instrumentalisation du droit des sociétés », *R. J. com.* n° 3, 2002, p. 108 et s.

- MASTRULLO Thomas :
 - « Validité des décisions prises par les organes des sociétés domiciliées en France : compétence exclusive du juge français », *Revue sociétés* septembre 2011, p. 2.
 - « La transposition en droit français de la directive sur les fusions transfrontalières : une avancée et des regrets », *Rev. Europe* n° 8-9, août-septembre 2009, § 8, p. 5.

- MATELLY Sylvie et NIES Susanne, « La nationalité des entreprises en Europe », *Rev. internationale et stratégique* 2/2006, n° 62, pp. 41-52.

- MAZEAUD Léon, « La nationalité des sociétés », *JDI* 1928, p. 30.

- MENJUCQ Michel :
 - « Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux », *RLDA* mai 2006, p. 10 et s.
 - « Les possibilités de transfert de siège social au sein de la Communauté européenne », *JCP G* n° 7, 11 février 2009.
 - « Quels sont les attraits de la SE par rapport aux autres types de sociétés françaises ? », *RLDA* n° 17, juin 2007.
 - « Les atouts et faiblesses de la SE à la française », *Bull. Lamy soc. commerciales* n° 182, octobre 2005, p. 5 et s.

- « Rattachement de la société européenne et jurisprudence communautaire sur la liberté d'établissement : incompatibilité ou paradoxe ? », *Dalloz* 2003, p. 2874.
- « Un modèle de mobilité : la SE », *Cah. dr. entreprise*, mars-avril 2006, p. 35.
- « La circulation internationale des sociétés », *Bull. Joly* mars 2001, § 65, p. 233.
- « Premiers pas et premier bilan de la société européenne en France, *Rev. sociétés* 2007, p. 253.

- Ministre de l'économie (réponse) : *J.O.* Q 9 mai 1988, p. 669 ; *Rev. crit. DIP* 1988, p. 628.

- MONDAGE Catherine, « La transparence de la personnalité morale dans le droit anglais des sociétés anonymes », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 32, n°3, juillet-septembre 1980, pp. 573-600.

- MOREAU Marie-Ange, « La mobilité des salariés dans les groupes de dimension communautaire : quelques réflexions à partir d'une analyse comparée », *Travail et Emploi* n° 53, 1992, p. 58 et s.

- NABASQUE Hervé (le) :
 - « La société européenne », *Dalloz*, 2003, p. 178.
 - « Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 », *Rev. sociétés* n° 3/2008, p. 493.

- NIBOYET Jean-Paulin, « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *Rev. crit. DIP* 1927, p. 402 et s.

- NIES Susanne et al., « Entretien », *Rev. internationale et stratégique* 2/2006, n° 62, pp. 103-114.

- OPPETIT Bruno et SAYAG Alain, « Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés », *Rev. soc.* 1973, p. 577.

- OUTIN-ADAM Anne, « Le transfert de siège de société (non cotée) », *R. J. com.* juillet-août 2011, n° 4, p. 366.

- OUTIN-ADAM Anne et REITA-TRAN Anne-Marie, « Après la « société européenne » (SE), les entreprises attendent la « société privée européenne » (SPE) », *Rev. du marché commun et de l'Union européenne* n° 507, avril 2007, pp. 233 à 238.

- PAILLUSSEAU Jean :
 - « La notion de groupe de sociétés et entreprises en droit des activités économiques », *D.* 2003, chron. p. 2346.
 - « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP E* 1984, II, n°14193 ; *JCP* 1984, I, n° 3148 ; *JCP N*, 1985, I, p.263.

- PERNAZZA Federico, « Les sociétés non cotées en Europe : harmonisation et modèles nationaux en concurrence », *Les Petites Affiches*, 24 janvier 2001, n° 17, p. 25 et s.

- PIETRANCOSTA Alain, « La réforme américaine et ses répercussions mondiales – aperçu », *Rev. dr. bancaire et bourse* 2002, p. 326.

- PINTO Roger, « Le régime juridique des investissements étrangers en France », *JDI* 1967, p. 235.

- PLANTAMPS Didier, « L'originalité du groupe de sociétés au sens de l'article L. 439-1 du Code du travail », *Dalloz* 1991, chron., p. 69.

- PLIHON Dominique :
 - « L'illusion du patriotisme économique dans une économie globalisée », *Rev. internationale et stratégique* 3/2006, n° 63, pp. 109-112 ;
 - « La nationalité des entreprises et le patriotisme économique sont-ils solubles dans la mondialisation ? », *Rev. internationale et stratégique* 2/2006, n° 62 , pp. 65-74.

- POCAR Fausto, « Le droit des obligations dans le nouveau droit international privé italien », *Rev. crit. DIP* 1996, p. 41.

- RAMELOO Stephan, « The Long and Winding Road towards Freedom of Establishment for Legal Persons in Europe », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 169, 2003.

- RAPP Lucien et DRAI Emmanuel, « Le coup de l'aspirateur... À propos de l'affaire Hoover », *Dalloz* 1993, chron., p. 153.

- RIGAUX François, « Le conflit mobile en droit international privé », *Rec. Acad. La Haye*, 1966, I, p. 329.

- RODIERE René, « Réflexions sur les avant-projets d'une directive de la Commission des Communautés Européennes concernant les groupes de sociétés », *Dalloz* 1977, chron. p. 137.

- ROTH Christian, « La *Societas Europaea* : un outil commun de l'union économique et monétaire », *RLDA* n° 48, 2002, n° 3129.

- ROUAST André, « La loi sur les comités d'entreprises et les sociétés étrangères », *Droit social* 1947, p. 67.

- RUDDEN Bernard, « Le juste et l'inefficace ; pour un non-devoir de renseignement », *RTD civ.* 1985, p. 91.

- SAINTOURENS Bernard :
 - « Les cause de nullité des sociétés : l'impact de la première directive CEE, interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes », *Bull. Joly* 1991, p. 123.
 - « L'instauration du régime juridique de la société européenne », *Rev. sociétés* 2005, p. 557.

- SALEM M., « La question de la nationalité des sociétés et les intérêts français à l'étranger », *JDI* 1919, p. 23 et s.

- SANDERS Pieters, *Projet d'un statut des sociétés anonymes européennes par M. le professeur Pieters Sanders*, collection « Études », série « Concurrence », n° 6, Bruxelles, 1967.

- SANTORO Guillaume, « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio », *Rev. internationale de droit économique* 2010/3, (t. XXIV), pp. 351 à 372.

- SCHNITZER Adolf F., « Le *trust* et la fondation dans les conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 1965, p. 479.

- SMITH W.-H., « Le champ d'application territorial de la réglementation des offres publiques », *Bull. CMF* décembre 1997-janvier 1998, p. 25 et s.

- SOLUS Henri, avis suite à la communication de Batiffol, *Travaux du Comité français de DIP*, séance du 13 mars 1967, n° 27-32, 1966-1971, p. 81.

- STERN Brigitte, « La protection diplomatique des investisseurs internationaux », *JDI* 1990, p. 897.

- STOFFAES Christian, Colloque les Rencontres Economiques d'Aix-en-Provence, Université Paul Cézanne, les 4, 5 et 6 juillet 2008, Travaux préparatoires à la session n° 5, « La nationalité des entreprises », in *Les nouvelles frontières de l'entreprise*, le Cercle des économistes, Paris, 2008, 452 p.

- STORCK Michel :
 - « Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales », *RTD com.* 2004, p. 555.

- « Définition légale du contrôle d'une société en droit français », *Rev. sociétés* 1986, p. 385.

- SYNVERT Hervé, « Enfin la société européenne ? », *RTDE* 1990, p. 261.

- TERRE François, « Réflexions sur la notion de nationalité », *Rev. crit. DIP* 1975, p. 4.

- TUROT Jérôme, « L'article 209 B est-il soluble dans le droit communautaire ? », *RJF* décembre 1998, p. 940 et s.

- VALLENS Jean-Luc, « Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité : vers l'harmonisation du droit de la faillite ? », *Dalloz* 2004, p. 2420.

- VERNEJOULE Nathalie (de), « Le régime fiscal de la société européenne est-il attractif ? », *RLDA* juin 2007, p. 92.

- VINCKEL François, « La capacité des sociétés et le droit au procès équitable », *Bull. Joly* 2002, p. 192.

- VOSSESTEIN Gert-Jan, « Exit restrictions on freedom of establishment after Marks and Spencers », *EBOR*, 7 : 4/2006, p. 863 et s.

- WAQUET Philippe, rapport (conseiller), *Dr. social* 1994, p. 215 et s.

- WINTER Jaap, « Un encadrement réglementaire moderne pour le droit des sociétés en Europe », rapport du groupe d'experts de haut niveau en droit des sociétés, 4 novembre 2002, remis à la Commission européenne, 191 p., IP/02/1600.

- WATHELET Melchior, « Refus d'harmonisation fiscale et condamnations de la Cour de justice : cohabitation diabolique ? », *RJF* juillet 2005, p. 469 et s.

- WHEATCROFT George Shorrock Ashcombe, « The attitude of the Courts and Legislature to tax avoidance », *Modern Law Review* 1955 p. 209.

V. Notes, observations :

- Cass. com., « *Belvédère* », 13 septembre 2011, arrêt n° 10-25.533, *JurisData* n° 2011-018623 ; *JCP E* 17 novembre 2011, n° 46, § 1803, pp. 17-27, note R. Dammann et A. Albertini ; *D.* 2011, p. 2272, obs. A. Lienhard.

- Cass. com., 15 mars 2011, n° 09-72.025 : *JurisData* n° 2011-003790 ; *JCP E* 2011, p. 1529, obs. J.-P. Legros ; *JCP E* 20 octobre 2011, n° 42, § 1745, pp. 26-27, chron. droit économique, M. Menjucq.

- Cass. com., 27 octobre 2009, « *Société Europe Motor Automobile* », *Bull. Joly sociétés* n° 3, février 2010, § 39, p. 176, note M. Menjucq.

- IDOT Laurence, « Transfert de siège social sans changement de loi applicable », *Rev. Europe* n° 2, février 2009, note sous CJCE, 16 décembre 2008, « *Cartesio* », aff. C-210/06.

- PARLEANI Gilbert, « L'arrêt *Cartesio*, ou l'ingénieuse incitation à la migration intra communautaire des sociétés », *Rev. sociétés* n° 1/2009, p. 147, note sous CJCE, 16 décembre 2008, « *Cartesio* », aff. C-210/06.

- CJCE « *Cartesio* », 16 décembre 2008, *JCP E*, 19 fév. 2009, n° 8-9, note F. Mélin.

- B. Lecourt, à propos de la proposition relative à la future SPE, *Rev. sociétés* 2008, p. 204 et 437.

- M. Menjucq, à propos de la proposition relative à la future SPE, *Rev. sociétés* 2008, p. 53.

- Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2007, « *Banque de développement local c/ Société Fercométal* », *JDI* 2007, p. 956, note B. Ancel et H. Muir Watt.

- Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-18268 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 mai 2007, n° 05-15445.

- Cass. 1^{ère} civ., « *Prieur* », 23 mai 2006, *D.* 2006, p. 1846, chron. B. Audit et p. 1880 ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 870, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 2006, p. 1377, note C. Chalais ; *JCP* 2006, II, 10134, note P. Callé ; *D.* 2006, chron., p. 1846, B. Audit.

- Cass. com., « *EURL Khalifa Airways et autres c/ SCP Becherte-Thierry ès-qual.* », 21 mars 2006, n° 04-17869 ; *Rev. crit. DIP* 1996, n° 1, janvier-mars 2007, p. 105, note G. Khairallah ; *Bull. Joly Sociétés* juillet 2006, § 185, pp. 930-938, note D. Bureau.

- Cass. civ., 27 novembre 2005, n° 02-20122.

- Cass. com., 3 juin 2004, n° 3504, *RJDA* 10/04, n° 1129.

- C.A. Paris, 17 mars 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1237.

- Cass. com., « *Bicigui* », 8 juillet 2003, *Bull. civ.* IV, n° 121 ; *Bull. Joly* 2003, p. 1179, note M. Menjucq ; G. Khairallah, *D.* 2004, note p. 692 ; *Bull. COB* juillet-août 2003, p. 329.

- C.A. Paris, 3^{ème} Chambre, section C, 28 juin 2002, *D.* 2002, A. J., p. 2608.

- Cass. civ. 1^{ère}, 18 juin, 18 septembre et 22 octobre 2002, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 86, note H. Muir Watt.

- Cass. com., 19 fév. 2002, *Dr. sociétés* juin 2002, n° 117, note D. Vidal.

- C.A. Paris, 3^{ème} Chambre, section C, 30 nov. 2001, *Bull. Joly sociétés*, p. 406, note J.-M. Bahans.

- Cass. 1^{ère} civ., 9 octobre 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 275, P. Scholer.
- C.A. Aix, 10 mai 2001, *D.* 2002, p. 2300, obs. Lepage.
- Cass. civ. 2^{ème}, 5 juillet 2000, *Cont. conc. cons.* février 2001, n° 21, obs. Lepage.
- Cass. com., 28 mars 2000, *RTD com.* 2001, p. 452.
- Cass. com., 22 juin 1999, *JCP* 2000, II, 10266, note M. Menjucq ; *Bull. civ.* IV, n° 136.
- Cass. civ., 26 mai 1999, n° 1024, *Bull. civ.* I, n° 171, p. 113 ; *D.* 1999, inf. rap., p. 162 ; *RJDA* 3/2000, n° 321.
- Cass. soc., 18 mars 1999, « *CPAM Haute-Savoie c/ SA Unic Mann et autres* », *Bull. Joly sociétés* 1999, p. 1205, note M. Menjucq.
- C.A. Versailles, 14 janvier 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 466, note M. Menjucq.
- Cass. com., « *BNP c/ Hoff* » 8 décembre 1998, *Dr. Sociétés* mars 1999, p. 15, n° 3, note D. Vidal ; *Bull. Joly Sociétés* 1999, § 95, p. 458, note M. Menjucq ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 284, note M. Menjucq ; *Rev. Sociétés* 1999, p. 93, note Y. Guyon.
- C.A. Paris, « *Teknecomp* », 13 janvier 1998, *Rev. Soc.* 1998, p. 572, note P. le Cannu ; *Rev. dr. bancaire et bourse* n° 66, mars-avril 1998, p. 64 et s., obs. M. Germain et M.-A. Frison-Roche ; *JCP éd. E* 1999, p. 1431, n° 6, obs. J.-J. Daigre ; *D.* 1999, somm. p. 225, obs. Y. Reinhard.
- C.A. Paris, 30 avril 1997, *Bull. Joly sociétés* 1997, p. 778, note M. Menjucq.
- C.A. Versailles, 27 fév. 1997, *Bull. Joly sociétés* 1997, p. 543, note P. le Cannu et M. Menjucq.

- C.A. Versailles, 11 avril 1996, *Bull. Joly sociétés* 1996, p. 705 ; *Rev. soc.* 1996, somm., p. 597.
- Cass. com., 2 avril 1996, *D.* 1996, inf. rap., p. 123 ; *Bull. Joly sociétés* 1996, p. 510, note P. le Canu.
- C.A. Paris, 21 septembre 1995, *D.* 1996, somm. p. 168, obs. B. Audit.
- Cass. com., 28 juin 1995, *Rev. sociétés* 1995, p. 555, note Derrida.
- Cass. civ., 23 mai 1995, *RTD civ.* 1996, p. 130, obs. Hauser.
- Cass. com., 15 novembre 1994, *Bull. civ. IV*, n° 335 ; *D.* 1995, inf. rap., p. 1 ; *Bull. Joly* 1995, p. 95.
- C.E., 21 décembre 1994, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 291.
- C.A. Paris, 7 septembre 1994, *D.* 1994, inf. rap., p. 244.
- Cass. soc., 9 février 1994, *Bull. Joly sociétés* 1994, p. 399, note M. Jeantin.
- Cass. com., 9 mars 1993, *Rev. sociétés* 1993, p. 584 ; *Bull. civ. IV*, n° 94.
- Cass. com., 23 février 1993, *Dr. soc.* 1993, n° 85, obs. T. Bonneau.
- À propos de la première fusion transfrontalière en France : *JCP E* 1993, I, 288, p. 492, obs. C. Gavalda et A. Viandier.
- CE, 16 octobre 1992, *JCP* 1992. IV.3017.

- Cass. com., 19 mai 1992, *JDI* 1992, p. 954, note Ph. Kahn ; *Bull. Joly* 1992, p. 758, note L. Faugérolas.
- C.A. Paris, 15^{ème} ch., 19 mars 1992, *Bull. Joly sociétés* 1992, § 245, p. 759, note Y. Reboul.
- C.A. Paris, 27 février 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 501.
- C.A. Paris, 2^{ème} sect., 2 juillet 1991, « *S.A. Romantic Music Corporation* », *Bull. Joly sociétés* 1991, § 341, p. 858.
- Cass. com., 9 avril 1991, *Bull. civ. IV*, n° 123 ; *RTD com.* 1991, p. 402, obs. Y. Reinhard ; *Bull. Joly* 1991, p. 589, note L. Faugérolas ; *Rev. soc.* 1991, p. 746, comm. R. Libchaber ; *Rev. sociétés* 1991, p. 746, note R. Libchaber.
- C.A. Paris, 8 fév. 1991, *G.P. Som.* 17 nov. 1992.
- Cass. com., 5 déc. 1989 ; crim., 12 nov. 1990 ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 667, note G. Khairallah.
- Cass. Ass. plé., 16 mars 1990, *Bull. Cass.* n° 16 ; *D.* 1990, p. 305, note A. Lyon-Caen.
- Cass. Ass. plé., 21 déc. 1990, *Dalloz* 1991, p.305, conclusions H. Dontenwille ; *Rev. crit. DIP* 1992, p. 70, note G. Duranton ; *Rev. soc.* 1991, p. 746, R. Libchaber ; *Bull. civ. IV*, n° 12 ; *JCP* 1991, II, 21640, concl. H. Dontenwille ; *JCP E* 1991, II, 120, rapp. J. Lemontey.
- Cass. crim., 12 nov. 1990, *D.* 1992, jur., p. 29, note B. Bouloc ; *Rev. crit. DIP* 1991. 667, note G. Khairallah. 347, note P. Malaurie.
- Cass. soc., 3 mars 1988, *JDI* 1989, p. 78, note M.-A. Moreau-Bourlès ; *Rev. crit. DIP* 1989, p. 63, note G. Lyon-Caen ; *Bull. civ. V*, n° 164 ; *JDI* 1989, p. 78, note M.-A. Moreau-Bourlès.

- C.A. Paris, « *Holophane* », 13 juillet 1988, *D.* 1989, p. 160, note P. le Cannu.

- Cass. com., 21 décembre 1987, *Rev. soc.* 1988, p. 398, note H. Synvet ; *JCP* 1988, II, 21113, concl. Montagnier ; *Bull. Joly* 1988, p. 194, note J.-P. Laborde ; *Rev. crit. DIP* 1989, p. 347, note M.-N. Jobard-Bachelier ; *JCP* 1988, II, 21113, concl. Montagnier ; *Rev. Banque* 1988, p. 361, obs. J.-L. Rives-Lange ; *Bull. civ.* IV, n° 281.

- Cass. com., 4 novembre 1987, *Rev. soc.* 1988, p. 393, note P. le Cannu.

- Cass. com., 24 février 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 211, note PLC.

- Cass. soc., 19 mars 1986, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 554.

- Cass. ch. mixte, 28 février 1986, *Bull. civ.* n° 1 ; *D.* 1987, p. 173, concl. Franck ; *Dr. soc.* 1986, p. 406, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1986, p. 992, note P. Rodière.

- Cass. 1^{ère} civ., 19 novembre 1985, « *Société Cognac et Brandies* », *Grands arrêts* n° 71 ; *Rev. crit. DIP* 1986, p. 712, note Y. Lequette ; *Clunet* 1986, p. 719, note A. Huet ; *D.* 1986, p. 362, note Prévaut ; *D.* 1986, *Somm. com.*, p. 268, obs. B. Audit ; *JCP* 1987, II, 20810, note P. Courbe.

- Cass. 1^{ère} civ., 16 avril 1985, *D.* 1985, inf. rap., p. 496, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1987, p. 584, note G. Khairallah.

- C.A. Paris 3^{ème} ch., 3 octobre 1984, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 526, note H. Synvet ; *JDI* 1986, p. 156, B. Goldman.

- C.E. Ass. plé., 22 janvier 1982, « *Comité central d'entreprise de la SFENA* », *Rec.* p. 436 ; *RD publ.* 1983, p.487, concl. Baquet, note Auby ; *AJDA* 1983, chron. p. 172 ; *D.* 1983, p. 373, note Durupty.

- C.A. Rennes, 8 juillet 1981, *Rev. crit. DIP* 1982, p. 81, note P. Mayer.

- Cass. 1^{ère} civ., 13 janvier 1981, *Bull. civ. I*, n° 11 ; *Rev. crit. DIP* 1981, p. 331, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1981, p. 360, note A. Huet.

- Cass. com., 6 novembre 1979, *Dr. social* 1980, inf. rap., p. 416, obs. Larroumet ; 6 janvier 1987, *Dr. social* 1988, *Somm. comm.*, 211.

- Cass. com., 30 mai 1978, *Bull. civ. IV*, n° 156.

- Cass. civ. 3^{ème}, 10 mars 1976, « *Shell française* », *Rev. crit. DIP* 1976, p. 658 ; *Rev. soc.* 1977, p. 305, note Bismuth.

- Cass. 1^{ère} civ., 26 nov. 1975, *Bull. civ. I*, n° 345 ; *Rev. sociétés*, 1976, p. 528, note J.-L. Bismuth.

- C.E. Ass. plé., 29 juin 1973, « *Syndicat général du personnel de la Compagnie des Wagons-lits* », *Rev. crit. DIP* 1974, p. 344, concl. N. Questiaux ; *Dr. soc.* 1976, p. 50, note J. Savatier ; *JDI* 1975, p. 538, note M. Simon-Depitre ; *Rev. soc.* 1976, p. 663, note Bismuth.

- C.A. Paris, 15 janvier 1973, « *Missouri* », *Rev. crit. DIP* 1973, n° 721, p. 725, note A. Huet.

- Cass. civ. 1^{ère}, 17 octobre 1972, « *Royal Dutch Shell* », *JDI* 1973, p. 716, note Oppetit ; *Rev. crit. DIP* 1973, p. 520, note Batiffol.

- Cass. civ. 1^{ère}, 18 avril 1972, « *Overseas Apeco* », et Cass. civ. 3^{ème}, 8 févr. 1972 « *Shell Berr* », *RTD com.* 1973, p. 672, obs. Loussouarn ; *JDI* 1973, p. 218, note B. Oppetit ; *Rev. crit. DIP* 1973, p. 299, note P. Lagarde.

- Cass. civ., 18 mai 1971, *JDI* 1972, p. 845, note Oppetit.

- Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 1971, « *CCRMA* », *Rev. crit. DIP* 1971, p. 451, note Lagarde ; *JCP G* 1972.II.17140 et 17101, note Oppetit ; *JDI* 1972, p. 834, note Poussoir ; *Grands Arrêts* n° 50.

- C.A. Orléans, 25 juin 1970, « *Royal Dutch Shell* », *JDI* 1971, p. 301, note Bredin.

- Cass. com., « *Syndic faillite Pajot et Cozette c/ Lemaire et autres* », 13 février 1967, *Rev. crit. DIP* 1968, p. 40, note Y. Loussouarn.

- Cass. Ch. réunies, 24 juin 1966, *Bull. civ. Ch. réunies*, p. 3.

- Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 1966, *Rev. crit. DIP* 1966, p. 670, note M. Ponsard ; *JDI* 1967, p. 380, note J.-D. Bredin ; *D.* 1966, p. 429, note Ph. Malaurie ; *Grands arrêts* n° 43.

- C.A. Paris, 14^{ème} ch., 22 mai 1965, « *Soc. Fruehauf Corporation c/ Massardy et autres* », *JCP* 1965. II. 14274 bis, concl. Nepveu ; *D.* 1968, p. 147.

- C.A. Paris, 21 décembre 1962, « *Royal Dutch Shell* », *JDI* 1963, p. 423, note Bredin.

- Cass. civ. 1^{ère} sect., 30 octobre 1962, « *Scheffel* », *Grands arrêts* n° 37 ; *Rev. crit. DIP* 1963, p. 387, note Francescakis ; *D.* 1963, p. 109, note G. Holleaux.

- Cass. civ., 5 février 1961, *JDI* 1962, p. 178 ; *Rev. crit. DIP* 1962, p. 743 ; *Gaz. Pal.* 1961, 2, 188 ; *Bull. civ.* 1961 II, p. 65.

- Tribunal des conflits, 23 novembre 1959, « *Mayol Arbona* », *Rev. crit. DIP* 1960, p. 180, note Loussouarn ; *JDI* 1961, p. 442, note B.G.V. ; *D.* 1960, p. 224, note R. Savatier.

- Cass. civ., 19 octobre 1959, « *Pelassa* », *D.* 1960, p. 37, note G. Holleaux ; *Rev. crit. DIP* 1960, p. 215, note Y. Loussouarn.

- Cass. 2^{ème} civ., 24 janvier 1958, *Bull. civ. II*, n° 77.

- Cass. civ., 27 juillet 1948, « *Lefait* », *D.* 1948, p. 535 ; *RC* 1949, p.75, note H. B. ; *Grands arrêts* n° 20.

- Cass. civ., 4 juillet 1923, *Sirey*, 1925, I, p. 18.

- Demogue, *Sirey* 1908, 2, p. 177.

VI. Jurisprudence internationale et de l'UE :

- CJUE, « *BVG* », 12 mai 2011, aff. C-144/10, non encore publié au *Recueil* ; publié au *JOUE*, n° C 194/6, 2 juillet 2011.

- CJUE, 3^{ème} ch., 11 mars 2010, « *Attanasio Group Srl c/ Comune di Carbognamo* », *Rev. Europe* n° 5, mai 2010, § 166, p. 26, note A. Rigaux.

- CJCE, gr. ch., « *Cartesio* », 16 décembre 2008, aff. C-210/06, *Rec.* p. I-9641. ; *JCP* 2009, II, 10027, note M. Menjucq ; *JCP E* 2009, 1208, note F. Mélin ; *D.* 2009, p. 465, note R. Kovar ; concl. de l'avocat général M.-N. Poiares Maduro présentées le 22 mai 2008 ; *RTD com.* 2009, p. 227, obs. G. Cazottes ; *Rev. soc.* 2009, n° 147, note G. Parléani ; *JDI* 2009, Chron. juris. du Trib. et de la CJCE, p. 685 ; *JDI* 2009, p. 889, note T. Vignal ; *D.* 2009, p. 2387, obs. L. d'Avout ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 548, note J. Heymann ; *JCP E* n° 3, 18 janvier 2007, p. 41 ; *JCP E*, n° 11, 15 mars 2007, p. 9.

- CJUE, 2 octobre 2008, « *Hassett et Doherty* », aff. C-372/07, *Rec.* p. I-7403.

- CJCE, 6 mars 2007, « *Wienand Meilike, Heidi Christa Weide et Mariana Stöffler c/ Finanzamt Bonn-Innenstadt* », aff. C-292/04, *Rec.* p. I-1835.

- CJCE, 16 décembre 2006, « *Denkavit Internationaal BV et Denkavit France SARL c/ Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie* », aff. C-170/05, *Rec.* p. I-11949.

- CJCE, 12 septembre 2006, « *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c/ Commissioners of Inland Revenue* », aff. C-196/04, *Rec.* p. I-7995.

- TPI, 23 février 2006, « *Cementbouw* », aff. T-282/02, *Rec.* CJCE 2006, p. II-319.

- CJCE, 13 décembre 2005, « *Marks and Spencers c/ David Halsey* », aff. C-446/03, *Recueil* p. I-10837.

- CJCE, 13 décembre 2005, « *Sevic System AG* », aff. C-411/03, *JCP G* 2006, II, 10077, note R. Dammann ; *D.* 2006, p. 451, note M. Luby.

- CJCE, 2 octobre 2003, « *Aristain* », aff. C-196/99 P, *Rec.* CJCE 2003, p. I-11005.

- CJCE, « *Kamel van Koophandel en Fabricken voor Amsterdam c/ Inspire Art Ltd* », 30 septembre 2003, aff. C-167/01, *Rec.* p. I-10155 ; *Rev. soc.* 2004, p. 135 et s., note J.-P. Dom ; *JDI* 2004, p. 904, note M. Menjucq ; *JDI* 2003, n° 2, p. 608, note M. Luby ; *Rev. soc.* 2003, p. 315, note J.-P. Dom ; « *Überseering* », *JCP E* 2003, n° 448, note M. Menjucq ; *Rev. générale de fiscalité*, 2004, n° 2, p. 5, note M. Dassesse.

- TPI, 30 octobre 2002, « *Nintendo* », *JOUE* n° L 255, 8 octobre 2003.

- CJCE, 5 novembre 2002, « *Überseering BV c/ Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* », aff. C-208/00, *Rec.* p. I-9919 ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 509, note Lagarde ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 1, T. Ballarino, p. 1 ; *JCP* 2003 p. II-1032, note M. Menjucq.

- CJCE, 16 novembre 2000, « *KNP c/ Commission* » (« *Carton* »), *Rec.* CJCE 2000, p. I-9641.

- TPI, 6 juillet 2000, « *VW et Audi* », aff. T-62/48, *Rec.* CJCE 2000, p. II-2707.

- CJCE, « *Société Saint-Gobain* », 21 septembre 1999, aff. C-303/97, *Rec.* p. I-6161 ; *Bull. Joly* 2000, p. 276 et s., note D. Berlin ; *JDI* 2000, p. 486 et s., obs. M. Luby ; *Rev. Europe* 1999, comm. n° 381, obs. L. Idot.

- CJCE, 8 juillet 1999, « *Commission c/ Belgique* », aff. C-203/98, *Rec. CJCE* 1999, p. I-04899.

- CJCE, 29 avril 1999, « *Royal Bank of Scotland plc contre Eliniko Dimosio (Etat hellénique)* », aff. C-311/97, *Rec.* p. I-2651.

- CJCE, « *Centros Ltd et Erhvervs-og Selskabsstyrelsen* », 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Rec.* 1999, p. I-1459, avec les conclusions de A. la Pergola ; *Cah. dr. aff.*, juris. 550, note M. Menjucq ; *Bull. Joly sociétés* 1999, p. 705, note J.-Ph. Dom ; *JDI* 2000, p 484, obs. M. Luby.

- CJCE, « *Imperial Chemicals Industries* », 16 juillet 1998, aff. C. 264/96, *Rec.* p. I-4695.

- Cour EDH, 16 décembre 1997, « *Eglise catholique de la Canée c/ Grèce* », *Rec.* VIII 1997, n° 60, p. 2843.

- CJCE, 27 nov. 1997, « *Commission c/ Grèce* », aff. C-62/96, *Rec.* p. I-6725.

- CJCE, 12 juin 1997, « *Commission c/ Irlande* », aff. C-151/96, *Rec. CJCE* p. I-3327.

- CJCE, 24 octobre 1996, « *Viho Europe c/ Commission* », aff. C-73-95 P, *Rec. CJCE* 1996, p. I-5482.

- Cour EDH, 22 octobre 1996, « *Stubbings c/ Royaume-Uni* », *Justices*, 1997/5, obs. G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss.

- CJCE, 7 mars 1996, « *Commission c/ France* », aff. C-334/94, *Rec.* p. I-1307.

- CJCE, 14 février 1995, « *Finanzamt Köln-Altstadt contre Roland Schumacher* », aff. C-279-93, *Rec.* p. I-225.

- CJCE, 25 juillet 1991, « *Factortame* », aff. C-221/89, *Rec. I*, p. 3905.

- CJCE, 4 octobre 1991, « *Commission des Communautés européennes contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord* », aff. C-246/89, *Rec.* p. I-4585.

- CJCE, 4 oct. 1991, « *Commission c/ Irlande* », aff. C-93/89, *Rec. CJCE*, I, 4569.

- CJCE, « *Marleasing* », 13 novembre 1990, *Rev. soc.* 1991, p. 535, note Y. Chaput ; *Bull. Joly* 1991, p. 126.

- C.I.J., « *Elettronica Secula* », 20 juillet 1989, *Rec. CIJ* 1989, p. 15.

- CJCE, « *Daily Mail* », 27 septembre 1988, *JCP* éd. E, I, n° 17867 ; *Rec CJCE* p. 5483 ; *RTDE* 1989, p. 260, obs. Cartou ; *JDI* 1989, p. 429, note Boutard-Labarde.

- Conclusions de l'avocat général Darmon présentées le 7 juin 1988, CJCE, aff. 81/87, « *The Queen c/ H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc* », *Recueil* p. 5483.

- CJCE, 18 mars 1986, « *Spijkers* », aff. 24/85, *Rec. CJCE*, p. 1119.

- CJCE, 26 février 1986, « *Marshall* », aff. 152/84, *Rec. CJCE* p. 723.

- CJCE, 22 juillet 1984, « *Hydrotherm Gerätebau* », aff. 170/83, *Rec. CJCE* 1984, p. I-2999.

- CJCE, 12 juillet 1979, « *BMW Belgium* », aff. 32, 36, 82 et 78, *Rec. CJCE* 1979, p. I-2435.

- CJCE, 9 mars 1978, « *Simmenthal II* », aff. 106/77, *Rec. CJCE* p. 629.

- CJCE, 3 décembre 1974, « *Van Binsbergen* », aff. C-33/74, *Rec. CJCE* p. 1299.
- CJCE, 21 juin 1974, « *Reyners* », aff. 2/74, *Rec. CJCE* p. 361.
- C.I.J., 5 février 1970, aff. « *Barcelona Traction* », *Rec. CJCE* 1970, p. 3 ; *Rev. crit. DIP* 1970, p. 609, note Ph. Francescakis.
- CJCE, 9 mars 1963, « *Van Gend & Loos* », aff. 22/62, *Rec. CJCE* p. 3.
- C.I.J., 6 avril 1955, « *Nottebohm* », *Rec.* 1955, p. 4.

VII. Jurisprudence étrangère :

- Cour fédérale allemande, 13 mars 2003, *NJW* 2003, p. 1461.
- Tribunal fédéral suisse, « *I.T. S.A. et S. c/ B. et Bank of India* », 13 juin 1994, *JDI* 1995, p. 725 ; *SJ* 1994, p. 687 ; *RSDA* 1995, p. 146 et s.
- Cour supérieure de Bavière, 7 mai 1992, *IPRax*, 1992, p. 389.
- Conseil d'Etat belge, 29 juin 1987, *TRV* 1988, p. 110, note K. Lenaertz.
- Cour fédérale allemande, 21 mars 1986, *NJW* 1986, 2, 194 ; *Dalloz* 1992, somm., p. 163, B. Audit.
- Cour de cassation italienne, 28 juillet 1977, « *Guerra c. de Plano trust* », *Rev. crit. DIP* 1979, p. 586, comm. T. Ballarino.
- Chambre des Lords britannique, *DHN Food Distributors Ltd v. Tower Hamlets London Borough Council*, [1976] 3 AU ER 462.

- Cour fédérale allemande, BGH, 30 janvier 1970, *Rev. crit. DIP* 1974, p. 48, note G. Beitzke.

- Cour de cassation italienne, 26 mai 1969, *Riv. dir. int. priv. e proc.* 1970, p. 359.

- *Hoge raad*, 23 mars 1966, *Weekblad van het recht* 2781, *VLAS Netherlands reports*, p. 39.

- Cour de cassation belge, 12 novembre 1965, *RCJB* 1966, p. 392, note J. Van Ryn.

- Cour de cassation belge du 12 novembre 1965, *Soc. Lamot Ltd c/ Willy Lamot*, *RCJB* 1966, p. 399, note J. Van Ryn.

- Chambre des Lords britannique, *Scottish Cooperative Wholesale Society Ltd. v. Meyer* [1959] AC 324.

- Cour fédérale américaine, 1956, « *Zwack v. Kraus Br. & Co.* », 237 F. 2 d 255.

- Cour fédérale américaine, « *Etat des Pays-Bas v. Federal Reserve Bank of N.Y.* », C.C.A. 2, 21 janvier 1953, *Rev. crit. DIP* 1955, p. 510, note Virally.

- Chambre des Lords britannique, *Swedish Central Ry v. Thompson* (1925) A.C. 495.

PLAN DETAILLE

(les chiffres renvoient aux pages)

SOMMAIRE	11
INTRODUCTION	13
Première partie : L'existence et la détermination de la nationalité des sociétés.	25
Titre I : Les critères de rattachement d'une société à un Etat dégagés par la doctrine et la jurisprudence.	25
Chapitre I : La détermination de la notion de nationalité des sociétés en droit français.	27
Section I : Les controverses doctrinales relatives à la nationalité des sociétés.	27
§ 1. Théorie générale de la nationalité des sociétés.	28
A/ La position de Niboyet et du courant doctrinal opposé à l'application de la nationalité aux sociétés commerciales.	28
B/ La doctrine favorable à la nationalité des sociétés.	32
§ 2. Les critères utilisés par la jurisprudence française en matière de détermination de la nationalité des sociétés.	37
A/ Le critère du siège social.	38
B/ Le critère de l'exploitation.	38
C/ Le centre de décision.	39
Section II : L'existence et la détermination de la nationalité des sociétés en droit positif français.	41

§ 1. La nationalité des sociétés reconnue par le législateur français.	42
A/ L'absence de définition légale.	42
B/ La nationalité des sociétés dans les textes.	44
§ 2. Les critères utilisés par la jurisprudence.	45
A/ La détermination de la nationalité par la localisation du siège social statutaire.	45
1. L'arrêt de la 1 ^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 30 mars 1971 : l'affaire « CCRMA ».	47
a) L'analyse de l'arrêt.	47
b) Le correctif à l'arrêt « Mayol Arbona » du Tribunal des conflits et à « l'atomisation » de la notion de nationalité des sociétés.	51
2. La détermination de la nationalité des sociétés par la référence au siège social statutaire dans l'arrêt du 21 décembre 1990 : la fin de la méthode « impressionniste » ?	54
a) Une présomption simple en faveur du siège statutaire.	55
b) Recours au siège réel en cas de dissociation des siège réel et statutaire : l'hypothèse de la fraude à la loi et du siège social fictif.	58
c) L'hypothèse des sociétés dépourvues de personnalité juridique.	60
d) L'orientation des jurisprudences française et de l'Union vers le critère du siège statutaire.	61
i) La consécration du siège statutaire comme critère de principe de détermination de la <i>lex societatis</i> .	61
ii) La préférence des juges de l'Union européenne pour le critère formaliste de l'incorporation.	62
B/ Le rôle subsidiaire et négatif du critère du contrôle.	64
1. Un critère non attributif de nationalité et réservé à la jouissance de certains droits.	64
2. Le recours au contrôle dans les matières réglementées et sensibles de l'économie.	66
Section III : Le rattachement des sociétés en droit comparé européen.	69
§ 1. L'exemple du droit anglais.	69

A/ L'incorporation comme mode de constitution des sociétés.	70
B/ Le rôle de la nationalité des sociétés dans le système de l'incorporation.	74
1. L'incorporation comme critère de détermination de la <i>lex societatis</i> .	76
2. L'incorporation utilisée hors du cadre du conflit de lois : incorporation et nationalité des sociétés.	76
 § 2. Le rôle de la nationalité des sociétés dans le système du siège social.	76
A/ Les droits nationaux consacrant la nationalité de la société comme facteur de rattachement de la <i>lex societatis</i> .	77
1. Le droit belge.	77
2. Le droit espagnol.	78
B/ Les droits excluant la nationalité comme critère de rattachement de la loi applicable.	81
1. Le droit italien.	82
2. Le droit allemand.	83
 Chapitre II : Le traitement des sociétés étrangères par le droit français : reconnaissance et jouissance des droits.	87
 Section I : L'existence et la reconnaissance des sociétés étrangères par le droit français.	87
 § 1. Définition de la notion de reconnaissance des sociétés étrangères.	88
 § 2. La position du droit français à l'égard des sociétés étrangères.	91
A/ Les sociétés de personnes : une reconnaissance de plein droit par la jurisprudence.	92
B/ Les sociétés de capitaux : une reconnaissance au cas par cas.	93
1. La solution du droit français sous l'empire de la loi du 30 mai 1857 : la reconnaissance fondée sur la réciprocité.	94
2. Interprétation des dispositions litigieuses de la loi du 30 mai 1857.	96
3. Le contournement de la loi du 30 mai 1857 par la jurisprudence française.	98
a) L'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 5 décembre 1989.	99

b) Les arrêts rendus par la Chambre criminelle et la première Chambre civile les 12 novembre 1990 et 25 juin 1991. **100**

C/ L'abrogation de la loi du 30 mai 1857 : l'apparition d'un vide législatif en matière de reconnaissance des sociétés étrangères. **102**

§ 3. La reconnaissance des sociétés en droit de l'Union européenne au moyen de la liberté d'établissement et de la reconnaissance mutuelle des sociétés issues des Etats membres. **104**

Section II : Les droits et l'étendue de la capacité juridique des sociétés étrangères en France. **107**

§ 1. L'aptitude à la jouissance des droits : les articles 11 du Code civil et L. 145-13 du Code de commerce. **107**

A/ Le principe de l'assimilation des sociétés étrangères reconnues en France aux sociétés françaises. **108**

B/ Le principe de l'assimilation aux personnes physiques étrangères des sociétés étrangères reconnues en France. **110**

C/ Les limites au principe de l'assimilation : la loi organique des sociétés étrangères fixe l'étendue de leur capacité de jouissance. **112**

D/ Le respect des lois de police par la société étrangère reconnue en France. **114**

§ 2. Les droits et obligations des sociétés étrangères reconnues en France. **115**

A/ L'exercice d'une activité en France par une société étrangère. **115**

B/ Les obligations spécifiques pesant sur les sociétés étrangères. **116**

1. Les obligations pesant sur la société. **116**

2. Les obligations pesant sur les dirigeants ou associés étrangers d'une société étrangère. **118**

Titre II : Les difficultés juridiques soulevées par l'activité internationale des sociétés commerciales. **121**

Chapitre I : Les conflits de lois dans l'espace relatifs aux sociétés commerciales.	125
Section I : La détermination de la loi applicable à la société : la <i>lex societatis</i> .	125
§ 1. La définition de la <i>lex societatis</i> .	126
§ 2. La réinterprétation des articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce : l'inexistence de la bilatéralité de la règle.	130
A/ Le siège statutaire comme critère unique de rattachement de la société à un ordre juridique étatique.	131
B/ Le rôle accru et exclusif du siège statutaire en droit français.	133
§ 3. L'articulation de la <i>lex societatis</i> avec d'autres lois concurrentes : les limites au domaine de la <i>lex societatis</i> .	140
A/ Les lois de police : limite naturelle à l'application de la <i>lex societatis</i> .	141
1. Lois de police et droit de l'UE : un strict encadrement.	141
2. Les domaines d'intervention des lois de police.	143
a/ L'application concurrente du droit boursier et de la <i>lex societatis</i> de la société étrangère.	143
b/ Les limites à la <i>lex societatis</i> fixées par le droit de la concurrence.	145
B/ Le rejet de la <i>lex societatis</i> par l'ordre public international et de l'UE.	147
Section II : Le domaine de la <i>lex societatis</i> : une référence lointaine au statut personnel des personnes physiques.	150
§ 1. La loi applicable à la constitution de la société.	151
A/ Les conflits de lois relatifs à l'émission des titres de la société.	152
1. La loi applicable aux rapports de la société émettrice et des souscripteurs.	152
2. La problématique du conflit de lois relatif à l'emploi du trust en France par des sociétés étrangères.	154
B/ Les conflits de lois relatifs aux apports en nature.	156

1. La détermination de la loi applicable à l'apport en nature.	157
a) L'apport en nature d'un immeuble et d'un fonds de commerce.	157
b) Le problème soulevé par le contrat d'apport conclu postérieurement à la constitution de la société.	159
2. La loi applicable à la vérification des apports en nature.	160
 § 2. Le régime des titres émis par la société.	162
A/ Les conflits de lois relatifs aux transferts conventionnels de la propriété des titres.	163
1. La loi applicable au transfert de titres nominatifs.	163
2. La loi applicable aux titres au porteur : analyse de l'affaire « <i>Royal Dutch Shell</i> ».	164
B/ Les conflits de lois relatifs à la dépossession, à l'expropriation, la réquisition et la confiscation de titres.	166
1. Les conflits de lois relatifs à la dépossession des titres.	166
2. Les conflits de lois relatifs à l'expropriation, la réquisition et la confiscation des titres.	168
 § 3. Le domaine de la loi applicable au fonctionnement de la société.	169
A/ La loi applicable aux droits et obligations des associés.	170
B/ Les conflits de lois en matière de détermination et de pouvoirs des organes sociaux.	174
1. Les conflits de lois relatifs à la détermination des organes sociaux.	175
2. La résolution des conflits de lois en matière de pouvoirs des dirigeants sociaux.	177
3. Détermination de la loi applicable à la responsabilité des dirigeants sociaux.	181
a) La loi applicable à la responsabilité civile des dirigeants sociaux.	182
i. Les conflits de lois relatifs à l'étendue de la responsabilité civile des dirigeants sociaux.	182
ii. Les conflits de lois relatifs à la mise en œuvre de la responsabilité civile.	186
b) La loi applicable à la responsabilité pénale des représentants de la société.	187
c) La loi applicable à la responsabilité des dirigeants sociaux en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de la société.	188
 § 4. Les conflits de lois relatifs aux fusions internationales de sociétés.	190

A/ La naissance d'un conflit mobile relatif à la loi applicable aux associés des sociétés absorbées.	191
B/ Conflits de lois relatifs aux conditions de la fusion.	193
C/ Conflits de lois relatifs aux effets de la fusion internationale.	195
1. L'altération des droits des associés par l'opération de fusion.	196
2. Les conséquences de la fusion internationale sur la protection des créanciers.	196
3. Les conséquences de la fusion internationale en matière de transmission universelle du patrimoine de la société absorbée.	197
 Chapitre II : Les conflits de juridiction en matière de sociétés commerciales.	 199
 Section I : Les règles de compétence juridictionnelle en matière de sociétés commerciales.	 201
 § 1. Les règles ordinaires de compétence juridictionnelle internationale.	 201
A/ La compétence de principe du tribunal du siège social de la société défenderesse : la règle <i>actor sequitur forum rei</i> des articles 42 et 43 du Code de procédure civile.	201
B/ Le principe de la compétence directe internationale : les arrêts « <i>Scheffel</i> » et « <i>Pelassa</i> » de la 1 ^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation.	203
 § 2. Les privilèges de juridiction prévus par les articles 14 et 15 du Code civil.	 204
A/ Les conditions d'application des articles 14 et 15 du Code civil aux sociétés commerciales.	206
B/ Le revirement de jurisprudence s'agissant de l'applicabilité des articles 14 et 15 du Code civil à tout litige international impliquant une société française : la fin de la compétence exclusive des juridictions françaises.	207
C/ Le juge français peut-il appliquer d'office les articles 14 et 15 du Code civil ?	209
 Section II : Les critères de détermination de la nationalité des sociétés retenus par les juges en matière juridictionnelle.	 210

§ 1. Définition de la nationalité visée par les articles 14 et 15 du Code civil.	211
§ 2. La détermination de la nationalité exigée par les articles 14 et 15 du Code civil.	212
Section III : L'eupéanisation du droit international privé français : les conséquences en matière juridictionnelle.	214
§ 1. La limitation du domaine d'application des articles 14 et 15 du Code civil par la jurisprudence française.	214
§ 2. Le rejet des articles 14 et 15 du Code civil par le droit de l'Union européenne.	215
Deuxième partie : La nationalité et la reconnaissance des sociétés par le droit de l'Union européenne et le droit international : remise en cause de la conception classique des Etats membres.	219
Chapitre I : La mobilité internationale des sociétés : reconnaissance et liberté d'établissement.	221
Section I : L'établissement international des sociétés.	222
§ 1. La notion d'établissement international des sociétés.	222
§ 2. Les obstacles à la mobilité des sociétés dans l'Union européenne et dans le reste du monde.	224
A/ La mobilité intra UE.	225
B/ La mobilité extra UE : des obstacles difficilement surmontables.	227
§ 3. Le droit international privé et la mobilité des sociétés.	229
A/ L'hypothèse du transfert du siège social.	229
1. Les problèmes juridiques soulevés par le transfert international du siège social.	229

a) La fiction de la personnalité morale des sociétés : refus du maintien de la personnalité morale en cas de transfert transfrontalier.	230
b) La réalité de la personnalité morale et la survie de la société.	232
2. Les réticences des Etats à accepter la validité du transfert international du siège social.	233
3. La réalisation du transfert transfrontalier du siège social : une possibilité contraignante et limitée par l'absence de réglementation.	236
a) Le transfert international du siège statutaire.	237
b) Le transfert international du siège réel.	239
B/ L'hypothèse de la fusion extra UE : un renvoi au droit international privé.	241
 § 4. L'absence de réglementation du transfert transfrontalier du siège social en droit de l'UE : une possibilité offerte par la Cour de justice de l'Union européenne.	243
 Section II : La modification de l'établissement principal des sociétés.	245
 § 1. La position du droit de l'UE : effet direct de l'article 54 TFUE.	245
A/ La position de la CJUE antérieure à l'adoption de la dixième directive relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux : l'arrêt « <i>Daily Mail</i> » du 27 septembre 1988.	247
B/ Les risques de l'évasion fiscale et de la course au <i>law shopping</i> .	249
1. Le refus du transfert en cas de fraude à la loi fiscale.	250
2. Le revirement de la jurisprudence de la CJUE en matière d'exercice de la liberté d'établissement à des fins purement fiscales.	252
 § 2. Les modifications apportées par la dixième directive 2005/56/CE du Conseil du 26 octobre 2005.	256
A/ L'adoption de la dixième directive sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux.	258
1. Les raisons du blocage de l'adoption de la directive.	258
2. La combinaison de règles matérielles et de conflit de lois dans la mise en œuvre de la directive.	260

B/ L'arrêt « <i>Sevic Systems AG</i> » de la Cour de justice du 13 décembre 2005 : la fusion devient une modalité du transfert du siège social.	261
Section III : La création d'un établissement secondaire.	264
§ 1. L'étendue de la liberté d'implanter un établissement secondaire.	265
A/ La remise en cause de la conception traditionnelle de nationalité des sociétés des Etats membres attachés au critère du siège social.	265
1. L'arrêt de principe « <i>Centros</i> » : l'hypothèse de l'immigration des sociétés.	265
2. L'arrêt « <i>Überseering</i> » : une interprétation restrictive de l'arrêt « <i>Daily Mail</i> ».	268
3. L'arrêt « <i>Inspire Art Limited</i> » : la dissociation des sièges réel et statutaire érigée en principe du droit de l'UE.	272
B/ Les conséquences de la jurisprudence ultra libérale de la CJUE sur les législations internes des Etats membres.	276
1. L'apparition du <i>law shopping</i> et d'un supposé effet « <i>Delaware européen</i> ».	276
2. La remise en cause du critère du siège réel comme critère de rattachement des sociétés.	278
§ 2. L'arrêt « <i>Cartesio</i> » de la CJCE du 16 décembre 2008 : le refus du transfert du siège statutaire.	281
A/ L'analyse de l'affaire « <i>Cartesio</i> » : le maintien de la distinction entre l'Etat de sortie et l'Etat d'entrée.	282
B/ Le changement de loi applicable consécutif au transfert du siège : élément déclencheur de la liberté d'établissement.	286
Chapitre II : Le rattachement juridique de la <i>societas europaea</i> (SE).	289
Section I : La nationalité de la société européenne (SE).	290
Sous-section I : La nature hybride de la SE.	291

§ 1. La dualité du rattachement juridique de la SE.	291
A/ Le compromis relatif au statut juridique de la SE.	291
B/ Le siège réel comme critère de rattachement juridique.	294
§ 2. L'immatriculation nationale de la SE : le respect du principe « <i>avant-après</i> » en matière de cogestion (<i>Mitbestimmung</i>).	298
§ 3. La fiscalité de la SE : un vide juridique contraire à l'édification d'une société européenne supranationale.	299
A/ Neutralité fiscale de la SE : un défaut de compromis entre les Etats membres.	300
B/ L'absence de taxation liée au transfert du siège statutaire de la SE : l'article L. 221-2, alinéa 3 du Code général des impôts.	300
Sous-section II : Le paradoxe du transfert du siège social de la SE : un vecteur de la mobilité des sociétés ressortissantes aux Etats membres entre liberté du droit de l'UE et restrictions étatiques.	303
§ 1. Le privilège de la SE : le maintien de sa personnalité morale.	303
§ 2. Le transfert du siège social de la SE par fusion.	305
§ 3. Quelques chiffres à propos de l'adoption du statut de SE.	307
Sous-section III : Les arguments en faveur d'une nationalité européenne de la SE.	308
Section II : Le rattachement juridique de la future <i>societas privata europaea</i> (SPE).	310
§ 1. Le siège statutaire : critère de rattachement juridique de la SPE.	311
A/ Un rattachement unique au droit de l'UE.	311
B/ La fin de la théorie du siège réel dans les Etats membres de l'Union européenne ?	313

§ 2. Les avancées promises par le nouveau statut de la SPE : une mobilité accrue.	314
§ 3. L'abandon du caractère transfrontalier de la SPE.	315
Chapitre III : La position des Etats membres de l'Union européenne et les solutions du droit de l'Union européenne en matière de groupes de sociétés.	319
Section I : Le groupe de sociétés : une possible distinction entre <i>lex societatis</i> et nationalité.	320
§ 1. Est-il possible d'attribuer une nationalité unique au groupe de sociétés ?	321
A/ Le groupe international de sociétés entre dépendance économique et autonomie juridique.	322
1. L'approche économique et unitaire du groupe international de sociétés.	322
2. Le groupe comme ensemble de sociétés distinctes juridiquement.	326
i. L'absence de personnalité morale du groupe international de sociétés.	326
ii. Le critère du contrôle : obstacle à la détermination d'une <i>lex societatis</i> unique.	328
B/ L'application du critère du contrôle et du centre de décision à titre de loi de police et de sûreté.	330
§ 2. La position du législateur français à l'égard du groupe international de sociétés.	333
A/ Les réponses fragmentaires du droit positif français aux problèmes posés par les groupes de sociétés.	333
B/ Le rejet explicite de la nationalité du groupe de sociétés par la jurisprudence française.	336
Section II : Le groupe de sociétés en droit comparé.	338
§ 1. La reconnaissance par le droit allemand du groupe de sociétés en tant que personne morale.	339
A/ La distinction entre le groupe de droit et le groupe de fait : une incitation à créer des groupes de droit.	339

1. La nature contractuelle ou unilatérale du groupe de sociétés de droit.	340
2. Le groupe de fait ou l'absence de liens affichés.	341
B/ Les limites de la législation allemande résultant de la structure et de l'organisation du groupe de sociétés.	342
 § 2. La position du droit anglais.	 343
 Section III : L'approche du droit de l'UE : le rejet de l'existence juridique du groupe de sociétés.	 346
 § 1. L'état du droit de l'UE en matière de groupes de sociétés.	 346
A/ L'avant-projet de 9 ^{ème} directive sur les groupes de sociétés.	347
B/ L'état du droit positif de l'UE sur les groupes de sociétés.	348
 § 2. La SE comme modèle de réglementation des groupes de sociétés à l'échelon de l'Union européenne.	 350
 CONCLUSION GENERALE	 353
 BIBLIOGRAPHIE	 357
 TABLE DES MATIERES	 399
 INDEX ALPHABETIQUE	 413

INDEX ALPHABÉTIQUE

(les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

- Actor sequitur forum rei* 205.
- Apparence (théorie de) 132.
- Atomisation 1, 44, 45.
- Autonomie juridique 303, 311.
- Avant-projet de 9^{ème} directive 334.

B

C

- Cadbury Schweppes* 252.
- Capacité juridique 102 et s.
- Cartesio* 272 et s.
- CCRMA 40, 43, 135.
- Centros* 244, 262 à 265.
- Compagnie Internationale des wagons-lits* 175.
- Companies Act* 327 et s.
- Compétence juridictionnelle 203 à 205, 212, 215.
- Conflit mobile 192.
- Conflits de juridictions 202, 206.
- Conflits de lois 117 et s., 149 et s.
- Contrôle économique 57 à 60.
- Critère de l'exploitation 30.
- Critère du centre de décision 31.
- Critère du contrôle 57 et s.

D

- Daily Mail* 263.
- Dépendance économique 303 et s.
- Détermination des pouvoirs des organes sociaux 173.
- Dissociation des sièges 48, 51, 239, 266.
- Droits et obligations des associés :
 - Droit de vote 168.
 - Nullité des délibérations 169.
 - Information des tiers 170.

E

- Effet Delaware* 268.
- Etablissement international des sociétés :
 - à titre principal 245 et s.
 - à titre secondaire 259.
- Evasion fiscale 249.

F

<i>Forum shopping</i>	239, 250.
Fraude à la loi	135, 250.
Fusion internationale	191 et s., 240.
Fusion intra UE	254 et s.

G

GEIE	318.
GIE	318.
Groupes de sociétés :	
- Approche unitaire	304.
- Personnalité morale	306.
- Groupes de droit	324.
- Groupes de fait	325.

H**I**

Incorporation	6, 56, 62 et s.
<i>Inspire Art Limited</i>	266.

J

Jouissance des droits	103.
-----------------------	------

K**L**

<i>Law shopping</i>	268.
<i>Lex contractus</i>	155, 184.
<i>Lex rei sitae</i>	155 et s.
<i>Lex societatis</i>	54, 120.
Liberté d'établissement	220 à 222.
Lois de police	110, 137 à 143, 312.

M

<i>Marks and Spencers</i>	251.
<i>Mayol Arbona</i>	44.
Méthode impressionniste	47.
<i>Mitbestimmung</i>	284.
Mobilité des sociétés :	
- Internationale	226.
- Intra UE	224.
<i>MoMiG</i>	124.

N

Niboyet	17 et s.
Non discrimination	98, 338.

O

Ordre public de l'UE	146.
Ordre public international	144, 145.

P

<i>Pelassa</i>	206.
Personnalité morale :	
- Fiction (théorie)	230.
- Réalité (théorie)	232.
Pouvoirs des dirigeants sociaux	176.
Privilèges de juridiction	207.
Protection des créanciers	197.

Q

R

Rattachement juridique	<i>V. siège social, contrôle, SE, SPE.</i>
Réciprocité	88.
Reconnaissance	86, 87, 97, 99.
Responsabilité des dirigeants sociaux :	
- Civile	182 et s.
- Pénale	189 et s.
<i>Royal Dutch Shell</i>	161.

S

<i>Scheffcl</i>	206.
<i>Sevic Systems AG</i>	254, 258.
Siège social fictif	135.
Siège social réel	51, 269.
Siège social statutaire	129.
Simulation (théorie)	131.
Société européenne (SE) :	
- Fiscalité	285.
- Fusion	290.
- Immatriculation	284.
- Nationalité	277, 292.
- Transfert du siège de la SE	288.
Société privée européenne (SPE) :	
- Mobilité	294 et s.
- Proposition de règlement	293.
- Rattachement juridique	297.

Statut personnel 147.

T

Titres sociaux : 158 et s.

- Cession des parts 171.

- Dépossession 163.

- Expropriation, réquisition et confiscation des titres 165.

Traitement national 220, 338.

Transfert international du siège social :

- Réel 239, 244.

- Statutaire 238.

Transmission universelle du patrimoine 198 à 200.

Trust 152.

U

Überseering 264.

Unité économique et sociale 317.

RÉSUMÉ

Le développement des relations économiques internationales et la construction d'un espace européen intégré tant d'un point de vue économique que politique a relancé le débat sur la nationalité des sociétés. La question n'est pas tant de savoir si les sociétés commerciales disposent d'une nationalité au même titre que les personnes physiques – les solutions en la matière sont depuis longtemps acceptées par la doctrine et la jurisprudence internationales – mais plutôt de déterminer comment cette notion a évolué et s'adapte aux contraintes d'une part, d'une économie de marché mondialisée et d'autre part, du droit de l'Union européenne qui bouleverse les solutions traditionnellement admises en matière de nationalité des sociétés dans les droits internes des Etats membres. Ainsi, les critères de rattachement juridique d'une société à un Etat déterminés par les règles de droit international privé de chaque Etat s'orientent inéluctablement vers le critère anglo-saxon de l'incorporation. L'apparition de nouvelles personnes morales de droit de l'UE comme la Société européenne (SE) ou la future Société privée européenne (SPE) posent également la question de la nationalité et de la loi applicable à ce type de groupement européen. Il en est de même s'agissant des groupes de sociétés dont une réglementation de leurs activités pourrait être relancée dans le cadre du droit de l'UE.

ABSTRACT

The development growth of economic international relations and the construction of an European integrated space so many an economic point of view that politics has boosted proceedings on the societies nationality. The question is not so many to know if companies predispose of a nationality to the same title as individuals – discharges in the matter long are since accepted by the international doctrine and jurisprudence – but rather to define how this notion has evolved and has adapted to districts on a side, of an economy of worldwide market and on another side, to the European law who upsets discharges traditionally admitted in the matter of societies nationality in straight intern members laws Estates. So, criteria of juridical joining of a society by rule of private international law of each Estate orientate the selves ineluctably to the Anglo-Saxon criterion of the incorporation. The appearance of new legal entities by European law as the European Society or the future European private society ask equally the question of the nationality of this type of European group. The same is true with respect to groups of companies, including regulation of their activities could be relaunched in the context of community law.

Mots-clés : Nationalité, reconnaissance des sociétés étrangères, rattachement juridique, *lex societatis*, fusion, transfert international de siège, conflits de lois, conflits de juridictions, droit de l'Union européenne, liberté d'établissement, siège réel, siège statutaire, incorporation, contrôle, jouissance des droits, société étrangère, mobilité, *law shopping*, groupes de sociétés, filiales.